الدرر الفقهية في شرح

اللمعة الدمشقية

المجلد الحادي عشر

سائر العقود

آية الله الشيخ ماجد الكاظمي

١١

بسم الله الرحمن الرحیم

الدرر الفقهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه

نویسنده:

ماجد کاظمی

ناشر چاپی:

دار الهدی

ناشر دیجیتالی:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

الدرر الفقهيه فی شرح اللمعه الدمشقیه المجلد ۱۱

اشاره

سرشناسه : کاظمی، ماجد، محقق

عنوان و نام پدیدآور : الدرر الفقهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه/ تالیف ماجد الکاظمی. الشارح

مشخصات نشر : قم: دارالهدی، ۱۳۹۴. ۱۴۳۷ ه_ ق

مشخصات ظاهری : ۱۲۴ ص.

۸ – ۴۱۶ – ۴۹۷ – ۹۶۴ – ۹۷۸ (دوره)

وضعیت فهرست نویسی : برون سپاری.

یادداشت : عربی.

یادداشت : کتابنامه به صورت زیرنویس.

۵۸۲ ص, عربی.

الفهرسه طبق نظام فیبا

الموضوع: الشهید الاول, محمد بن مکی، ۷۳۴ – ۷۸۶ ق. اللمعه الدمشقیه – النقد و التفسیر.

الموضوع: الفقه الجعفری القرن ۸ ق.

التعریف الاضافی: الشهید الاول, محمد بن مکی، ۷۳۴ – ۷۸۶ ق. اللمعه الدمشقیه – الشرح.

الایداع فی المکتبه الوطنیه:

۱۳۹۴, ۸۰۴۲۲۳ ل ۹ ش / ۳ / ۱۸۲ BP

۳۸۶۷۷۲۱ – ۲۹۷ / ۳۴۲

ص: ۱

اشاره

الدرر الفقهیه

فی شرح

اللمعه الدمشقیه

سائر العقود

الجزء الحادی عشر

ایه الله الشیخ ماجد الکاظمی

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمین ثم الصلاه والسلام علی البشیر النذیر محمد المصطفی وعلی اله الطیبین الطاهرین واللعن علی اعدائهم اجمعین

(کتاب الرهن)

اشاره

(و هو) الرهن (وثیقه فی الدین)

ص:۳

و عقده یتضمن جعل مال وثیقه للتأمین علی دین أو عین مضمونه کالعین المغصوبه إذا طالب صاحبها الغاصب أو غیره ضمن عقد لازم بالرهن علیها و صحه جعل الرهن علی العین المضمونه فلأجل إطلاق دلیل مشروعیه الرهن من قوله تعالی: {وَ إِنْ کُنْتُمْ عَلیٰ سَفَرٍ وَ لَمْ تَجِدُوا کٰاتِباً فَرِهٰانٌ مَقْبُوضَهٌ}(۱) والروایات الکثیره، کصحیحه محمد بن مسلم عن احدهم علیهما السلام: «سألته عن السلم فی الحیوان و فی الطعام و یؤخذ الرهن، فقال: نعم استوثق من مالک ما استطعت. قال: و سألته عن الرهن و الکفیل فی بیع النسیه، فقال: لا بأس»(۲) و غیرها.

و القول باختصاص مشروعیه الرهن بحاله السفر تمسکا بالآیه الکریمه ضعیف، فان ذکر السفر مبنی علی الغالب من عدم تواجد الکاتب فیه، و هو کذکره فی قوله تعالی: {وَ إِنْ کُنْتُمْ مَرْضیٰ أَوْ عَلیٰ سَفَرٍ ... فَلَمْ تَجِدُوا مٰاءً فَتَیَمَّمُوا}(۳). علی انّه یکفینا اطلاق السنه الشریفه.

و علیه فما ینسب إلی بعض العامه من عدم جواز الارتهان فی الحضر(۴) لا وجه له.

هذا و لابد ان یکون ما یرهن علیه دینا ثابتا فی الذمه لفعلیه سببه من اقتراض أو اسلاف مال أو شراء نسیه فلا یصح الرهن علی ما سیقترض أو علی ثمن ما

۱- البقره: ۲۸۳

۲- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۲۱ الباب ۱ من أبواب أحکام الرهن الحدیث ۵

۳- النساء: ۴۳

۴- جواهر الکلام ۲۵: ۹۸

سیشتری و نحو ذلک وذلک لان الرهن وثیقه علی مال المرتهن الذی هو ثابت فی ذمه الغیر، فقبل ثبوت الدین فی الذمه لا یصدق الرهن و الاستیثاق. و لا أقلّ من الشک فی اعتبار ذلک، و هو کاف لجریان استصحاب عدم ترتب الاثر بعد عدم جواز التمسک باطلاق دلیل المشروعیه لکون المورد شبهه مصداقیه.

و الإیجاب رهنتک أو وثقتک

(و الإیجاب رهنتک أو وثقتک أو هذا رهن عندک أو علی مالک و شبهه)

اما اعتبار الایجاب و القبول فی تحقّق الرهن فهو مقتضی کونه عقدا.

و أمّا الاکتفاء بکل ما یدل علیهما و لو بالمعاطاه فلانه بعد صدق عنوان الرهن یصح التمسک باطلاق دلیل مشروعیته.

و تکفی الإشاره فی الأخرس أو الکتابه معها

(و تکفی الإشاره فی الأخرس أو الکتابه معها، فیقول المرتهن قبلت، و شبهه)

کفایه إشاره الأخرس و إن لم تذکر هنا بالخصوص لکن ذکرت فی غیره حیث إنّها قائمه مقام لفظه .

فإن ذکر أجلا اشترط ضبطه

(فان ذکر أجلا اشترط ضبطه)

ص:۵

و یستدل لذلک بما ورد من نهی النبی (ص) عن بیع الغرر بضمیمه النبوی الذی رواه الصدوق من انه صلّی اللّه علیه و آله: «نهی عن المنابذه و الملامسه و بیع الحصاه ... و هذه بیوع کان اهل الجاهلیه یتبایعونها فنهی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله عنها لأنها غرر کلها»(۱)، ورد بان التعلیل المذکور هو من الشیخ الصدوق قدّس سرّه دون النبی صلّی اللّه علیه و آله مضافا الی ان السند ضعیف بعده مجاهیل.

أقول: اما الاولی و هی و ان کانت ضعیفه سنداً الّا انها موثوق بها کما تقدم فی کتاب البیع و حینئذ یتعدی من البیع الی الرهن بالفهم العرفی و ذلک للقطع بعدم الفرق.

و اما الثانیه: فسواء کانت من کلام النبی (ص) او من استنباط الصدوق فهی شاهده علی ان النهی الوارد فی الحدیث الاول لا علاقه له بالبیع وانما ملاک النهی هو الغرر.

و یشهد لشرطیه عدم الغرر ایضا بناء العقلاء فأن المعاملات الغرریه خارجه عن حدود المعاملات الدارجه بین العقلاء و ان ما هذا شأنه لا یکون مشمولاً لدلیل وجوب الوفاء بالعقود(۲).

أقول: و یمکن استنباط ذلک من الآیه المبارکه {و لا تؤتوا السفهاء اموالکم} و ذلک بأن الذی یتعامل بالغرر یحکم علیه بالسفاهه و یحجر عن التصرف بأمواله

۱- وسائل الشیعه ۱۲: ۲۶۶ الباب ۱۲ من أبواب عقد البیع و شروطه الحدیث ۱۳

۲- الاجاره مستند العروه الوثقی ص۳۳

فقد يقال بدلاله الآيه المباركه على بطلان المعاملات الغرريه باعتبار ان فاعلها يحكم عليه بأنه سفيه و من ثم يحجر عليه و يشهد لذلك أن محجوريه السفيه تعليليه و ليست تقييديه فالسفيه لفعله محجور عليه لا بما هو هو و يدل على ذلك أيضاً معتبره ابى الجارود من أن الرسول (صلى الله عليه و آله) نهى عن فساد المال مستشهداً بالآيه(1) و هذا النهى تكليفى لحرمه افساد المال فالمعامله الغرريه لأنها موجبه لفساد المال حرام تكليفاً و عليه فلا يشملها عموم الوفاء بالعقد فالآيه بدلالتها الالتزاميه داله على حرمه فساد المال و حيث أن هذا النهى يتعلق بذات الفعل فيدل على الفساد فتأمل. و عليه فإن ذكر أجلا غير مضبوط كوقت الحصاد بطل الرهن .

نعم تجوز إجازه الراهن للمرتهن فى التصرّف بدون ذكر أجل، كما فى صحيح إسحاق بن عمّار: «سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن الرّجل يرهن العبد أو الثوب أو الحليّ أو متاعا من متاع البيت، فيقول صاحب المتاع للمرتهن: أنت فى حلّ من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب و انتفع بالمتاع و استخدم الخادم، قال: هو له حلال إذا أحلّه، و ما أحبّ أن يفعل، قلت: فارتهن دارا لها غله لمن الغلّه؟ قال: لصاحب الدّار، قلت: فارتهن أرضا بيضاء فقال صاحب الأرض: ازرعها لنفسك، فقال: ليس

١- اصول الكافى ج/١ ص٤٨ ح/٥

هذا مثل هذا يزرعها لنفسه فهو له حلال كما أحلّه له إلّا أنّه يزرع بماله و يعمرها»(۱).

و یجوز اشتراط الوکاله للمرتهن و غیره

(و یجوز اشتراط الوکاله للمرتهن و غیره و الوصیه له و لوارثه)

کما هو مقتضی عمومات المسلمون عند شروطهم.

(و إنّما یتمّ الرهن بالقبض علی الأقوی فلو جن أو مات أو أغمی علیه أو رجع قبل إقباضه بطل)

أقول: اعتبار القبض فی صحه الرهن محل خلاف و مقتضی القاعده عدم اعتباره تمسکا باطلاق دلیل شرعیته.

و دعوی انّ عنوانه لا یصدق إلّا بالقبض غیر مقبوله.

و الأقوی اعتباره لا لأجل التقیید به فی الآیه الکریمه فإن ذکره فیها هو من جهه انّها بصدد بیان طریقه للاستیثاق علی الدین، و ذلک لا یتحقق بمجرد الإرتهان من دون قبض و لیست بصدد بیان شرطیه ذلک لتحقّق الإرتهان شرعا، علی انّ السیاق

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۵ح۱۲

يلوح عليه بوضوح كونه فى صدد الارشاد إلى جمله من الآداب و السنن, بل لقوله (عليه السلام) فى صحيحه محمد بن قيس: «لا رهن إلا مقبوضا»(۱).

هذا وقد أفتى بالاشتراط الكلّ إلّا الشيخ فى غير الخلاف و موضع من المبسوط أفتى بالعدم أيضاً و تبعه الحلىّ.

و أمّا ما قيل من الآيه و الرّوايه لا تدلّان على أكثر من وجوب قبض، وانّ الرّهن كالبيع يتمّ بالإيجاب و القبول و يجب على الرّاهن إقباضه.

ففيه: أمّا دلاله الآيه فقد تقدم الكلام عنها و أمّا صحيحه قيس فلا دلاله لها على وجوب الاقباض و أنّما تدل على نفى تحقق الماهيه فظاهرها هو الاشتراط.

و لا يشترط دوام القبض

(و لا يشترط دوام القبض فلو أعاده إلى الراهن فلا بأس)

و ذلك لانه لا يظهر من صحيحه محمد بن قيس اعتبار ذلك، و هى مجمله من هذه الجهه فيرجع لنفى احتمال اعتبار الاستدامه إلى اطلاق ادله شرعيه الرهن لقاعده ان العام إذا خصص بمجمل مفهوما فيقتصر فى تخصيصه على القدر المتيقن لبقاء الظهور فى العموم على الحجيه فيما زاد عليه بلا معارض.

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۱۲۳ الباب ۳ من أحكام الرهن الحديث ۱

هـذا و لو أعـاد المرتهن الرهن لانتفـاع الرّاهن به فی مـدّه یکون الرّهن باقیا و إعادته موقّتا نوع عاریه کما هو مقتضـی القاعـده و یؤید ذلک خبر أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل استقرض من رجل مائه دینار و رهنه حلیّا بمائه دینار، ثمّ إنّه أتاه الرّجل فقال له: أعرنی الـذّهب الـذی رهنتک عاریه فأعاره فهلک الرّهن عنـده أ علیه شـی ء لصاحب القرض فی ذلک، قال: هو علی صاحب الرّهن الذی رهنه و هو الذی أهلکه و لیس لمال هذا توی»(۱).

و هل یقبل إقرار الراهن بالإقباض؟

(و یقبل إقرار الراهن بالإقباض إلّا أن یعلم کذبه)

أقول: لا وجه لقبول إقرار الراهن باقباض الرهن للمرتهن و ذلک لأنّه مدع، و قاعده «البیّنه علی من ادّعی و الیمین علی من أنکر» تقتضی ان یدلی بالبینه. نعم یقبل اقراره لاجل اثبات صحه وقوع الرهن لعموم اقرار العقلاء .

(فلو ادعی المواطاه) فی اقراره (فله إحلاف المرتهن)

عند المصنف لکنه لا وجه له بعد کونه مدعیا .

و لو کان بید المرتهن فهو قبض

(و لو کان بید المرتهن فهو قبض)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۶ح۱۷

لصدق کونه رهنا مقبوضا و لا دلیل علی ان یکون القبض مبتدأ .

(و لا یفتقر إلی إذن جدید فی القبض و لا الی مضیّ زمان)

لعدم الدلیل فان رهن المالک ما بید غیره ید إباحه کانت أو غیرها معناه إجازته فی تصرّفه، و إجازته فی تصرّفه مزیله للضمان و اعتبار الإذن الجدید و مضی زمان تحصیل للحاصل.

و لو کان الرهن مشاعاً

(و لو کان الرهن مشاعا فلا بد من اذن الشریک فی القبض أو رضاه بعده)

لأنّ المشاع ماله و مال غیره و لا یجوز رهن مال الغیر.

حصیله البحث:

و عقده یتضمن جعل مال وثیقه للتأمین علی دین أو عین مضمونه کالعین المغصوبه إذا طالب صاحبها الغاصب و الإیجاب: رهنتک أو وثّقتک أو هذا رهنٌ عندک أو علی مالک، و شبهه. و یکفی الإشاره فی الأخرس أو الکتابه معها فیقول المرتهن: قبلت، و شبهه, و یکتفی بکل ما یدل علیهما و لو بالمعاطاه و یشترط دوام الرّهن فإن ذکر أجلًا اشترط ضبطه، و یجوز اشتراط الوکاله للمرتهن و غیره و الوصیّه له و لوارثه و إنّما یتمّ بالقبض علی الأقوی، فلو جنّ أو مات أو أغمی علیه أو رجع قبل إقباضه بطل.

ص:۱۱

و لا- يشترط دوام القبض فلو أعاده إلى الرّاهن فلا بأس، و يقبل إقرار الرّاهن بالإقباض إلّا أن يعلم كـذبه فلو ادّعى المواطأه فعليه البينه، و لو كـان بيـد المرتهن فهو قبضٌ و لا- يفتقر إلى إذنٍ فى القبض و لا- إلى مضـىّ زمـانٍ، و لو كـان مشاعـاً فلا بـدّ من إذن الشّريک فى القبض أو رضاه بعده.

(و الكلام إمّا فى الشروط أو اللواحق)

شرائط صحّه الرهن

أن يكون عيناً مملوكه

(شرط الرهن أن يكون عينا مملوكه يمكن قبضها و يصح بيعها، فلا يصحّ رهن المنفعه و لا الدين)

اما اعتبار كون المرهون عينا فلان الدين لا يمكن تحقق القبض فيه، و هو شرط فى صحه الرهن كما تقدم.

بل لا يصح تعلق الرهن بالدين حتى بناء على انكار شرطيه القبض باعتبار ان الغرض من الرهن الاستيثاق وهو لا يتحقق بالدين.

و اما عـدم صـحه تعلقه بـالمنفعه فلانـه لو تصورنـا فيها تحقق القبض فيمكن ان يقال: هى من الموجودات المتصـرمه تـدريجا و ليست موجودا قارّا ليمكن ان تكون وثيقه على الدين.

ص:١٢

و اما اعتبار كون المرهون أمرا مملوكا فلان غير القابل للملك فى نفسه- كالخمر- أو غير المتصف به بالفعل لا يحصل به الاستيثاق.

و منه يتضح الوجه فى اعتبار كون العين المرهونه أمرا صالحا للبيع و الشراء و لا يكفى أن تكون مثل الطير فى الهواء أو الوقف.

رهن المدبّر إبطال لتدبيره

(رهن المدبّر إبطال لتدبيره)

ذهب إلى إبطاله المفيد و الشيخ فى النهايه لكن تردّد فى المبسوطين و مثله الحليّ، و التحقيق أنّه يكون مراعى فإن فكّ رهنه يكون باقيا على تدبيره، و إن لم يفكّه و أدّى إلى بيعه يصير التدبير باطلا.

و لا رهن الخمر و الخنزير

(و لا رهن الخمر و الخنزير إذا كان الراهن مسلما)

لان المسلم لا يملكهما فلا يصح بيعه لهما فلا يصح رهنهما لكن قال فى المبسوطين: «إذا استقرض ذمّيّ من مسلم مالا و رهن عنده بذلك خمرا يكون على يد ذمّى آخر يبيعها عند محل الحقّ و أتى بثمنها جاز له أخذه، و لا يجبره عليه و له أن يطالب بما لا يكون بثمن محرّم».

و اعترض علیه المختلف بأنّ الذّمّی نائب عن المسلم و کما لا یصحّ للمسلم مباشره الارتهان فکذا الاستنابه.

نعم تقدم صحه إعطاء الذمّی مثله خمرا أو خنزیرا لیبیعه و یؤدّی دین المسلم الّا انه لا علاقه له بالمقام .

لو رهن ما لا یملکه الراهن

(و لو رهن ما لا یملکه الراهن وقف علی الإجازه)

اما رهن ما لا یملک فبطلانه معلوم و یؤیده خبر علیّ بن سعید قال: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل اکتری حمارا ثم أقبل به إلی أصحاب الثیاب فابتاع منهم ثوبا أو ثوبین و ترک الحمار، قال:یردّ الحمار علی صاحبه و یتبع الـذی ذهب بالثوبین و لیس علیه قطع إنّما هی خیانه»(۱)

و أمّا صحّته مع الاجازه فلانّه لیس فوق البیع و بیع مال غیره یصحّ بإجازته فکذا رهنه بشرط ان یکون الایجاب الی زمان الاجازه باقیا.

(و لو استعار للرهن صحّ)

أمّا الاستعاره للرّهن فیرجع إلی رهن مال الغیر بإذنه.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۲۲۷ح۲

و أمّا رهن العاريه بـدون إذنه فهو رهن مال الغير بغير إذنه فهو باطل و يدل عليه صـحيح أبان بن عثمان عن حذيفه بروايه الشـيخ وعن حريز بروايه الصـدوق وعن من حدّثه بروايه الكافى(۱) عن الصّادق (علیه السـلام) «فى رجل استعار ثوبا ثمّ عمد إليه فرهنه فجاء أهل المتاع إلى متاعهم قال: يأخذون متاعهم»(۲).

و تلزم بعقد الراهن و يضمن الراهن لو تلف

(و تلزم بعقد الراهن و يضمن الراهن لو تلف أو بيع)

أمّا لزومها فلأنّه مقتضى إذنه فى رهنها، و أمّا ضمان الرّاهن فلأنّ المعير لم يهبها للراهن.

صحه رهن الأرض الخراجيه

(و يصح رهن الأرض الخراجيه تبعا للأبنيه و الشـجره، لا رهن الطير إلّا إذا اعتيد عوده و لا السمك فى الماء الّا إذا كان محصورا مشاهدا)

كلّ ذلك لأنّ حكم الرّهن حكم البيع فإنّه و إن لم يكن ببيع فعلا إلّا أن الغرض منه البيع لو لم يفكّ الرهن.

ص:۱۵

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۹ح۶

۲- التّهذيب فى۱۳ من أخبار عاريته ۱۷ من تجاراته والفقيه فى ۳ من أخبار عاريته

و لا رهن المصحف عند الكافر

(و لا رهن المصحف عند الكافر)

اذا استلزم تعريضه للنجاسه و للاهانه فانه نوع هتك و اهانه فهو حرام .

(أو العبد المسلم) لا يجوز رهنه بدليل ايه نفى السبيل كما تقدم فى باب البيع .

(الّا ان يوضعا على يد مسلم)

فينتفى المانع فيهما, و الأصل فى هذا الفرع المبسوط وقد تقدم فى المكاسب المحرمه الكراهه و قلنا ان الحكم بالكراهه هو الذى يقتضيه الجمع بين الاخبار كما يشهد لذلك صحيح ابى بصير قال (سالت اباعبدالله عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها- الى- قال: عليه السلام اشتريه احب اليّ من ان ابيعه))(۱) و هو واضح فى دلالته على الكراهه هذا و لو سلمنا دلاله الاخبار المانعه على الحرمه فهى ظاهره فى الحرمه التكليفيه و لا دلاله فيها على الحرمه الوضعيه بمعنى فساد البيع و عدم نفوذه لعدم الملازمه بينهما, نعم تعريضه للنجاسه و للاهانه نوع هتك و اهانه فهو حرام .

و قال الإسكافيّ: «لا أختار أن يرهن الكافر مسلما و لا ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيرا من الأطفال» و ظاهره عدم الحرمه .

۱- التهذيب ج/۶ ص ۳۶۶ ح/۱۰۵۲

(و لا رهن الوقف)

إنّ من شرائط الوقف أن لا يباع، و الرّهن إن لم يفكّ يباع.

حصيله البحث:

يشترط فى الرّهن أن يكون عيناً مملوكةً يمكن قبضها و يصحّ بيعها, فلا يصحّ رهن المنفعه و لا الدّين و لا الوقف و لو كان خاصاً. و رهن المدبّر يكون مراعى فإن فكّ رهنه يكون باقيا على تدبيره، و إن لم يفكّه و أدّى إلى بيعه يصير التدبير باطلا، و لا يصح رهن الخمر و الخنزير إذا كان الرّاهن مسلماً أو المرتهن، و لا رهن الحرّ مطلقاً، و لو رهن ما لا يملك وقف على الإجازه بشرط ان يكون الايجاب الى زمان الاجازه باقيا، و لو استعار للرّهن صحّ، و يلزم بعقد الرّاهن، و يضمن الرّاهن لو تلف أو بيع، و يصحّ رهن الأرض الخراجيّه تبعاً للأبنيه و الشّجر، و لا رهن الطّير فى الهواء إلّا إذا اعتيد عوده، و لا السّمك فى الماء إلّا إذا كان محصوراً مشاهداً، و لا رهن المصحف عند الكافر اذا استلزم تعريضه للنجاسه و للاهانه فانه نوع هتك و اهانه فهو حرام و كذلك العبد المسلم لا يجوز رهنه إلّا أن يوضعا على يد مسلمٍ، و لا رهن الوقف.

ص:۱۷

صحه الرهن فی زمن الخیار

(و یصح الرهن فی زمن الخیار و ان کان) الخیار (للبائع لانتقال المبیع بالعقد علی الأقوی)

لکن لو کان الخیار للمشتری فالظاهر سقوط خیاره بتصرفه هذا کما تقدم .

و لو کـان الخیار للبائع و لم یفکّ المشتری الرهن و فسـخ البائع یبطل الرهن , هـذا کله اذا قلنا بجواز تصـرف من لیس له الخیار فی زمان الخیار کما علیه المصنف و اما لو قلنا بالمنع فلا یصح الرهن .

و اما حجّه القول بالمنع فاسـتدل الشـیخ الاعظم له بقوله: «أنّ الخیار حقٌّ یتعلّق بالعقد المتعلّق بالعوضین من حیث إرجاعهما بِحَلِّ العقـد إلی مالکهما السابق، فالحقّ بالأخره متعلّقٌ بالعین التی انتقلت منه إلی صاحبه، فلا یجوز لصاحبه أن یتصـرّف فیها بما یبطل ذلک الحقّ بإتلافها أو نقلها إلی شخصٍ آخر.

و منه یظهر أنّ جواز الفسـخ مع التلف بـالرجوع إلی البـدل لاـ یوجب جواز الإتلاـف؛ لأـنّ الحقّ متعلِّقٌ بخصوص العین، فإتلافها إتلاـفٌ لهـذا الحقّ و إن انتقـل إلی بـدله لو تلف بنفسه، کما أنّ تعلّق حقّ الرهن ببـدل العین المرهونه بعـد تلفها لا یوجب جواز إتلافهـا علی ذی الحقّ. و إلی مـا ذکر یرجع ما فی الإیضاح: من توجیه بطلان العتق فی زمن الخیار بوجوب صـیانه حقّ البائع فی العین المعیّنه عن الإبطال .

ص:۱۸

و يؤيّد ما ذكرنا: أنّهم حكموا من غير خلافٍ يظهر منهم بأنّ التصرّف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره، فلو لم يكن حقّا متعلّقاً بالعين لم يكن وقوع ذلك موجباً لسقوط الخيار، فإنّ تلف العين لا ينافى بقاء الخيار؛ لعدم منافاه التصرّف لعدم الالتزام بالعقد و إراده الفسخ بأخذ القيمه.

ثم اجاب عنه بقوله: إنّ الثابت من خيار الفسخ بعد ملاحظه جواز التفاسخ فى حال تلف العينين هى سلطنه ذى الخيار على فسخ العقد المتمكّن فى حالتى وجود العين و فقدها، فلا دلاله فى مجرّد ثبوت الخيار على حكم التلف جوازاً و منعاً، فالمرجع فيه أدلّه سلطنه الناس على أموالهم، ألا ترى أنّ حقّ الشفيع لا يمنع المشترى من نقل العين؟ و مجرّد الفرق بينهما: بأنّ الشفعه سلطنةٌ على نقلٍ جديدٍ فالملك مستقرٌّ قبل الأخذ بها غايه الأمر تملّك الشفيع نقله إلى نفسه، بخلاف الخيار فإنّها سلطنةٌ على رفع العقد و إرجاع الملك إلى الحاله السابقه، لا- يؤثّر فى الحكم المذكور مع أنّ الملك فى الشفعه أولى بالتزلزل، لإبطالها تصرّفات المشترى اتّفاقاً.

و أمّا حقّ الرهن، فهو من حيث كون الرهن وثيقةً يدلّ على وجوب إبقائه و عدم السلطنه على إتلافه، مضافاً إلى النصّ و الإجماع على حرمه التصرّف فى الرهن مطلقاً و لو لم يكن متلفاً و لا ناقلًا.

و أمّا سقوط الخيار بالتصرّف الذى أذن فيه ذو الخيار، فلدلاله العرف، لا للمنافاه.

و الحاصل: أنّ عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» لم يعلم تقييده بحقٍّ يحدث لذى الخيار يزاحم به سلطنه المالك، فالجواز لا يخلو عن قوّهٍ فى الخيارات الأصليّه.

و أمّا الخيار المجعول بشرطٍ، فالظاهر من اشتراطه إراده إبقاء الملك ليستردّه عند الفسخ، بل الحكمه فى أصل الخيار هو إبقاء السلطنه على استرداد العين، إلّا أنّها فى الخيار المجعول علّهٌ للجعل، و لا ينافى ذلک بقاء الخيار مع التلف، كما لا يخفى.

و عليه فيتعيّن الانتقال إلى البدل عند الفسخ مع الإتلاف. و أمّا مع فعل ما لا يسوّغ انتقاله عن المتصرّف كالاستيلاد، ففى تقديم حقّ الخيار لسبقه، أو الاستيلاد لعدم اقتضاء الفسخ لردّ العين مع وجود المانع الشرعى كالعقلى، وجهان، أقواهما الثانى.

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و أنّه ينتقل إلى البدل؛ لأنّه إذا جاز التصرّف فلا داعى إلى إهمال ما يقتضيه التصرّف من اللزوم و تسلّط العاقد الثانى على ماله، عدا ما يتخيّل: من أنّ تملّک العاقد الثانى مبنيٌّ على العقد الأوّل، فإذا ارتفع بالفسخ و صار كأن لم يكن و لو بالنسبه إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلک ارتفاع ما بُنى عليه من التصرّفات و العقود. و الحاصل: أنّ العاقد الثانى يتلقّى الملک من المشترى الأوّل، فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن و ملک البائع الأوّل العين بالملک السابق قبل البيع ارتفع بذلک ما استند إليه من العقد الثانى.

ص:٢٠

و یمکن دفعه: بأنّ تملّک العاقد الثانی مستندٌ إلی تملّک المشتری له آناً ما؛ لأنّ مقتضی سلطنته فی ذلک الآن صحّه جمیع ما یترتّب علیه من التصرّفات، و اقتضاء الفسخ لکون العقد کأن لم یکن بالنسبه إلی ما بعد الفسخ لأنّه رفعٌ للعقد الثابت.

و قد ذهب المشهور إلی أنّه لو تلف أحد العوضین قبل قبضه و بعد بیع العوض الآخر المقبوض انفسخ البیع الأوّل دون الثانی، و استحقّ بدل العوض المبیع ثانیاً علی من باعه(۱).

حصیله البحث:

یصحّ الرّهن فی زمان الخیار و إن کان للبائع لانتقال المبیع بالعقد علی الأقوی، و لو کان الخیار للبائع و لم یفکّ المشتری الرهن و فسخ البائع یبطل الرهن اذا قلنا بجواز تصرف من لیس له الخیار فی زمان الخیار کما هو المختار فی الخیارات الاصلیه و اما الخیار المجعول کخیار الشرط فلا یجوز التصرف لغیر ذی الخیار فلا یصح الرهن و یتعیّن الانتقال إلی البدل عند الفسخ مع الإتلاف . و لو کان الخیار للمشتری فالظاهر سقوط خیاره برهنه .

ص:۲۱

۱- کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)، ج ۶، ص: ۱۵۰

هل يصح رهن العبد المرتد؟

(و رهن العبد المرتد و لو عن فطره)

كما ذهب الإسكافى إلى عدم صحّه رهن العبد المرتدّ و أطلق، و ذهب المبسوط إلى صحّته و أطلق و فصل المختلف بين المرتد عن فطره و غيره.

أقول: لا يخفى ان الرهن استيثاق لدين المرتهن فان حصل الاستيثاق فى هذا العبد المرتد المحكوم بالاعدام والذى لا تقبل توبته و هو المرتد عن فطره فالرهن صحيح و كذلك غيره فالملاك هو حصول الاستيثاق و الّا فلا .

(و) مثل العبد المرتد العبد (الجانى)

كما ذهب الشيخ فى المبسوطين إلى عدم صحّه رهنه مطلقا عمدا أو خطأ.

قيل: و الصواب صحّته مع كونه مراعى بفك المولى له من جنايته. قلت: مرجع ذلك تعليق صحه الرهن على الفك وعدم تنجزه و هو لا دليل على صحته.

(فإن عجز المولى عن فكه قدّمت الجنايه)

لبطلان الرهن وتعلق حق المجنى عليه بالعبد.

ص:٢٢

و لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبل الأجل

(و لو رهن ما يتسارع اليه الفساد قبل الأجل)

فلا قابليه له للرهن و عليه (فليشترط بيعه و رهن ثمنه) حتی یصح .

(و لو أطلق حمل عليه) لكن لا دليل على هذا الحمل و لعله لاجل ذلک ذهب الشیخ فی المبسوطین إلى البطلان مع الإطلاق.

حصیله البحث:

و اما رهن العبد المرتدّ و لو عن فطرةٍ و الجانی مطلقاً فالملاک فیه هو حصول الاستیثاق فان حصل فهو و الّا فلا، وعلى فرض حصول الاستیثاق فإن عجز المولی عن فکه قدّمت الجنایه و بطل الرهن , و لو رهن ما یتسارع إلیه الفساد قبل الأجل فلیشترط بیعه و رهن ثمنه و لو أطلق بطل.

شرائط المتعاقدين

(و أما المتعاقدان فيشرط فيهما الكمال بالبلوغ و العقل)

و القصد و الاختيار فی الراهن و المرتهن و ذلک لان ذلک من الشرائط العامه فی کل عقد، و جوّز ابن حمزه رهن عبد مأذون له فی التجاره و اعترض علیه المختلف بأنّ الإذن فی التجاره أعمّ من الإذن فی الرّهن .

ص:٢٣

(و جواز التصرف)

اى عدم الحجر على الراهن لسفه أو فلس و ذلك لان السفيه و المفلس لا يصح منهما التصرّف فى أموالهما.

و لا يشترط اعتبار ذلك فى المرتهن لانه بالرهن لا يتصرف فى ماله.

و يصح رهن مال الطفل للمصلحه

(و يصح رهن مال الطفل للمصلحه و أخذ الرهن له كما إذا أسلف ماله مع ظهور الغبطه) على خلاف فى شرطيه ظهور الغبطه كما تقدم فى باب البيع .

(أو خيف على ما له من غرق أو نهب)

كما يصحّ بيع ما له نقدا مع المصلحه او مع عدم المفسده او مطلقا على الخلاف و نسيئه مع أخذ الرّهن له أيضا وقد تقدم ذلك فى كتاب البيع .

و لو تعذر الرّهن هنا

(و لو تعذر الرّهن هنا)

اى فى ما لو خيف على مال الصبى من غرق أو نهب .

(أقرض من ثقه عدل غالبا)

ص:۲۴

أقول: أمّا جمعه بين الثقه و العدل فكما ترى و لو كان قال بدله: «عدل ملى ء» أو «ثقه ملى ء» كان أولى.

و أمّا قوله «غالبا» فلم يظهر وجهه وما قيل «من كونه للتنبيه على أنّ العداله لا تعتبر فى نفس الأمر و لا فى الدّوام لأنّ عروض الذّنب ليس بقادح» فكما ترى.

حصيله البحث:

يشترط فيهما الكمال و القصد و الاختيار فى الراهن و المرتهن و عدم الحجر على الراهن لسفه أو فلس. و يصحّ رهن مال الطّفل و أخذ الرّهن له كما إذا سلّف ماله.

اشتراط ثبوت الحق فى الذمه كالقرض

(و أمّا الحقّ فيشترط ثبوته فى الذمه كالقرض و ثمن المبيع و الديه بعد استقرار الجنايه و فى الخطأ المحض عند الحلول على قسطه و مال الكتابه و ان كانت مشروطه على الأقرب)

أمّا القرض فواضح واما ثمن المبيع كثمن ما باعه نسيئه أو مثمن ما اشتراه سلما، فيدل على الاول منهما صحيح أبى حمزه، عن أبى جعفر (عليه السلام): «سألته عن الرّهن و الكفيل فى بيع النسيئه، فقال: لا بأس به»(1)

1- الكافى (فى رهنه، 109 من معيشته)

و صحیح یعقوب بن شعیب: «سألته عن رجل یبیع بالنسیئه و یرتهن، قال: لا بأس»(۱) وغیرهما.

و یدل علی الثانی منهما صحیح عبد اللّه بن سنان عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر: «و سألته عن السلم فی الحیوان و الطعام و یرتهن الرّجل بماله رهنا، قال: نعم استوثق من مالک»(۲).

و موثق سماعه «سأله عن الرّهن یرهنه الرّجل فی سلم إذا أسلم فی طعام أو متاع أو حیوان، فقال: لا بأس بأن تستوثق من مالک»(۳).

و أمّا الجنایه فلأنّ الحقّ غیر معلوم قبل استقرارها، و أمّا الخطأ المحض فکذلک الحقّ غیر معلوم علی أیّ أفراد العاقله حتّی یحلّ.

و أمّا مال الکتابه فمنع المبسوط منه فی المشروط و تبعه القاضی و الحلیّ، و جوّزه المختلف لکون المکاتبه عقدا لازما . قلت: و علیه تشمله العمومات فلا مانع منه .

(و مال الجعاله بعد الرد)

قال الشهید الثانی: «و إن شرع فیه لأنّه لا یستحقّ شیئا منه إلّا بتمامه، و قیل: یجوز بعد الشروع لأنّه یؤول إلی اللّزوم کالثمن فی مدّه الخیار و هو ضعیف، و الفرق

۱- الکافی (ح۲من باب الرهن، ۱۰۹ من معیشته)

۲- الفقیه، ج ۳، ص: ۲۵۹ رواه عن صفوان عن ابن سنان والتهذیب رواه بسند صحیح ایضا .

۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۲۶۱

واضح لأنّ البيع يكفى فى لزومه إبقاؤه على حاله فينقضى المدّه، و الأصل عدم الفسخ عكس الجعاله» و اجيب بانه يمكن تقويه القيل «بأنّ الرّهن عرفا وثيقه فى مقام يقتضيها، و عليه عمل العرف، و لم نفتقر فى مشروعيّته إلى الدّليل عليه، بل يكفينا عدم الردع عنه، مع أنّ عموم قوله (عليه السلام) المسلمون عند شروطهم يعمّه، و ما ذكره من الفرق و إن كان حاصلا إلّا أنّه لا طائل تحته».

قلت: و هو الصحيح و يشهد له قوله تعالى {ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم} من سوره يوسف حيث ان ظاهر قوله «وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ» «اى كفيل به، و ضمين له»(۱) صحه الكفاله على الجعاله واذا صحت الكفاله صح الرهن لعدم الفرق بينهما عرفا و عقلائيا و الايه المباركه داله على صحته قبل الرد ايضا و بذلك يظهر ضعف ما قاله المصنف: (لا قبله) .

و لا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن

(و لا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن)

حتى تحصل الفائده المطلوبه من التوثق بالرهن و عليه (فلا يصح الرهن على منفعه المؤجر عينه مده معينه)

۱- التبيان فى تفسير القرآن، ج ۶، ص: ۱۷۱

عنـد المصـنف و علـل الشـهيد الثانى ذلک بقوله: لأن تلک المنفعه الخاصه لا يمکن استيفاؤها إلّا من العين المخصوصه حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت و نحوه بطلت الإجاره(۱) .

قلت: و بقى فى ما ذکر شق اخر و هو ما لو منعه الموجر من استيفاء حقه ظلما فلا تبطل الاجاره فى هـذا الفرض و له استيفاء حقه من الرهن .

(فلو آجره فى الذمه جاز)

کما لو استأجره على تحصيل خياطه ثوب بنفسه أو بغيره، لإمکان استيفائها حينئذ من الرهن.

صحه زياده الدّين على الرهن

(و تصح زياده الدّين على الرهن)

فإذا استوفى الرهن بقى الباقى منه متعلقا بذمه الراهن.

واستشـهد له بخبر العبّاس بن عيسـى قال: «ضاق علىّ بن الحسين عليهما السّلام ضيقه فأتى مولى له فقال له:أقرضنى عشره آلاف درهم إلى ميسره، فقال: لا لأنّه ليس عندى و لکن أريد وثيقه قال: فشقّ له من ردائه هدبه فقال له: هذه الوثيقه،

۱- الروضه البهيه ط کلانتر ج۴ ص۷۷

قال: فكأنّ مولاه كبره ذلك، فغضب و قال: أنا أولى بالوفاء أم حاجب بن زراره، فقال: أنت أولى بـذلك منه، فقال: فيكف صار حاجب يرهن قوسا و أنّما هى خشبه على مائه حماله و هو كافر فيفى و أنا لا أفى بهدبه ردائى، قال: فأخذها الرّجل منه- إلى- ثمّ قال (عليه السلام): قـد أحضـرت مالك فهات وثيقتى، فقال له: جعلت فداك ضـيّعتها، فقال: إذن لا تأخذ مالك منّى ليس مثلى من يستخفّ بذمّته- إلى- و أخذ (عليه السلام) الهدبه فرمى بها و انصرف»(١) لكنّه ليس بصـحيح لأنّه (عليه السلام) رهن ما لا يساوى شيئا من حيث هو.

صحه زياده الرهن على الدين

(و زياده الرهن على الدين)

و فائـدته سعه الوثيقه، و منع الراهن من التصـرف فى المجموع فيكون باعثا على الوفاء، و لإمكان تلف بعضه فيبقى الباقى حافظا للدين.

و يـدلّ على جواز زياده الرهن على الـدين وزياده الـدين على الرهن موثق ابن بكير: سألت أبا عبـد اللّه (عليه السـلام) عن الرّهن فقـال: «إن كـان أكثر من مـال المرتهن فهلـك [فعليه ظ]أن يؤدّى الفضل إلى صاحب الرّهن، إن كان أقلّ من ماله فهلك الرّهن أدّى إليه صاحبه فضل ماله و إن كان الرّهن سواء فليس عليه شى ء»(٢).

١- الكافى (فى ۶ من باب قضاء الدّين، ٢٠ من معيشته)

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ٢٣٣ح۶

و صحیح إسحاق بن عمّار، عن الکاظم (علیه السلام): «سألت عن الرّجل یکون عنده الرّهن فلا یدری لمن هو من النّاس فقال: لا أحبّ أن یبیعه حتّی یجی ء صاحبه، قلت: لا یدری لمن هو من النّاس، فقال: فیه فضل أو نقصان- الخبر»(۱).

حصیله البحث:

و أمّا الحقّ: فیشترط ثبوته فی الـذّمّه کالقرض، و ثمن المبیع و الدّیه بعد اسـتقرار الجنایه، و فی الخطإ عند الحلول علی قسـطه، و مال الکتابه و إن کانت مشـروطهً علی الأقرب، و مال الجعاله بعد الرّدّ و قبله، و لا بدّ من إمکان استیفاء الحقّ من الرّهن، و یصـحّ زیاده الدّین علی الرّهن و زیاده الرّهن علی الدّین

(و أمّا اللواحق فمسائل)

إذا شرط الوکاله فی الرهن لم یملک عزله

(الأولی: إذا شرط الوکاله فی الرهن لم یملک عزله)

لوجوب الوفاء بالشرط اولا ولأنّ الشرط فی العقد اللازم لازم فالرّهن لمّا کان لازما من جهه الرّاهن فالشرط مثله فی اللزوم ثانیا.

ص:۳۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۳ح۴

(و يضعف) عند المصنف (بان المشروط فى اللازم يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط لا وجوب الشرط كما تقدم فحينئذ لو فسخ الوكاله فسخ المرتهن البيع المشروط بالرهن و الوكاله ان كان)

و بعباره اخرى لا يرى المصنف «المسلمون عند شروطهم» دالا على وجوب الوفاء بالشرط بل غايه ما يدل انه يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط .

و فيه: ان الحديث واضح الدلاله على وجوب الوفاء.

و بذلك افتى الصدوق فى المقنع فقال: «إذا رهن رجل عندك رهنا على أن يخرجه إلى أجل فلم يخرجه فليس لك أن تبيعه فإنّ الرّهن رهن إلى يوم القيامه فإن اشترط أنّه إن لم يحمل له فى يوم كذا و كذا فبعه، فلا بأس أن تبيعه إذا جاء الأجل و لم يحمل»(۱) و ظاهره لزوم الشرط و هو المفهوم من الشيخ فى النهايه حيث قال: و إن كان شرط المرتهن على الرّاهن أنّه إذا حلّ أجل ماله كان وكيلا فى بيع الرّهن كان ذلك جائزا» .

و لا وجه لاستشكال ابن ادريس فيه من حيث تعليق الوكاله. ففيه اولا: انه لا دليل على عدم صحّه التعليق فيه بعد كونه عقلائيا كما و ليس فيه تعليق ثانيا فإنّه وكّله منجزّا عند الحلول.

ص:۳۱

۱- المقنع (للشيخ الصدوق)؛ ص۳۸۳؛ باب الرهن .

يجوز للمرتهن ابتياعه

(الثانيه: يجوز للمرتهن ابتياعه)

قال الشهيد الثاني: «من نفسه إذا كان وكيلا فى البيع و يتولّى طرفى العقد» .

قلت: هو من فروع شراء الوكيل الشى ء لنفسه و هو غير جائز عند البعض كابن الجنيد و الشيخ فى المبسوط و التهذيب و هو المفهوم من الكليني و قد تقدم انه مكروه(١) هذا إذا لم يصرّح الموكّل به و مع تصريحه أو فرض جوازه لا يحتاج إلى إجراء عقد بل يكفيه قصد ذلك لنفسه لتحقق الايجاب والقبول به .

(و هو مقدم به على الغرماء)

أمّا تقدمه مع حياته فانه و ان لم يرد فيه نص بالخصوص بنفى أو إثبات الّا ان ظاهر الاصحاب عدم الخلاف فيه و هو الذى يقتضيه عموم الرهن.

و اما تقدّمه و لو مع موت الرّاهن و إفلاسه فذهب اليه على ما نقل الشيخان و الدّيلميّ و الحلبيّ و الحليّ و القاضى و يقتضيه عموم الرهن ايضا .

لكن ذهب الفقيه الى عدمه استناداً الى خبر عبد اللّه بن الحكم: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل أفلس و عليه دين لقوم و عند بعضهم رهون و ليس عند بعضهم

١- الدرر الفقهيه ج١٠ص٧٥

فمات و لا يحيط ماله بما عليه من الدّين؟ قال: يقسّم جميع ما خلّف من الرّهون و غيرها على أرباب الدّين بالحصص»(۱).

و معتبر سليمان بن حفص المروزىّ قال: «كتبت إلى أبى الحسن (عليه السلام) فى رجل مات و عليه دين و لم يخلف شيئا إلّا رهنا فى يد بعضهم و لا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن أ يأخذه بماله أو هو و سائر الدّيّان فيه شركاء؟ فكتب (عليه السلام) جميع الدّيّان فى ذلك سواء يوزّعون بينهم بالحصص»(۲) و هو ظاهر التّهذيب حيث رواهما و لم يأوّلهما(۳) و لم يروهما الكلينى كما و لم يفت بهما من تقدم ذكره و عليه فلا وثوق فيهما حتى يمكن بهما تخصيص عموم الوفاء بالرهن .

(و لو أعوز الرهن ضرب بالباقى مع الغرماء)

كما هو مقتضى القاعده . هذا و المنصوص أنّ المرتهن مع نقص الرهن يرجع على الرّاهن فى حياته من دون تعرّض لحكم الإفلاس و الموت كما فى موثق ابن بكير: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرّهن فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك [فعليه (ظ)] أن يؤدّى الفضل إلى صاحب الرّهن، و إن كان أقلّ من ماله فهلك الرّهن أدّى إليه صاحبه فضل ماله و إن كان الرّهن سواء فليس عليه شى ء»(۴).

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۳۰۷ح۷

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۳۱۰ح۱۷

۳- التّهذيب فى ۴۰ و ۴۱ من أخبار رهونه

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۴ح۶

و صحیح أبی حمزه، عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن قول علی (علیه السلام) فی الرّهن «یترادّان الفضل» فقال: کان علیّ (علیه السلام) یقول ذلک، قلت: کیف یترادّان؟ فقال:إنّ کان الرّهن أفضل ممّا رهن به ثمّ عطب ردّ المرتهن الفضل علی صاحبه، و إن کـان لاـ یسوی ردّ الرّاهن ما نقص من حقّ المرتهن، قال: و کـذلک کان قول علیّ (علیه السـلام) فی الحیوان و غیر ذلک»(۱) و غیرهما(۲).

لا یجوز لأحدهما التصرف فیه

(الثالثه: لا یجوز لأحدهما التصرف فیه)

اما عـدم جواز تصـرف الراهن فقیـل: الوجه فیه هو لزوم عقـد الرهن من نـاحیته و التصـرّف ینـافی ذلـک؛ سواء کان ناقلا للعین کالبیع، أو المنفعه کالإجاره، أو مجرّد الانتفاع بها کالعاریه، کلّ ذلک لأجل منافاته للزوم من قبله و إن لم یکن التصـرّف موجبا للإضرار بالرهن، کالرکوب و السکنی و نحوهما, هذا کلّه فی التصرّف بغیر الإتلاف.

و أمّا التصـرّف بالاتلاف فهو و إن لم یکن إتلافا مشمولا لقاعده الإتلاف الجاریه فی إتلاف مال الغیر، إلّا أنّه حیث یکون موجبا لانتفاء موضوع الرهن مع لزوم الرهن من قبل الراهن یکون ذلک موجبا للإثم، و اللازم أداء قیمته لأن تکون رهنا.

ص:۳۴

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۴ح۷
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۴ح۸

قلت: أمّا التصرّف بالاتلاف فكما افاد, و اما التصرف بغيره فلا ينافى لزوم عقد الرهن كما هو واضح نعم لو قام دليل بالخصوص على عدم الجواز فهو كما قد يستدل بظاهر صحيحه محمد بن قيس: «لا رهن الّا مقبوضا»(١) الداله على اشتراط القبض فيه و هو ينافى التصرف فيه.

و فيه: انه اعم اولاًـ و ان الاصل هو جواز تصرف مالك العين المرهونه فيها بما لاـ يتنافى و الاستيثاق لانه مالك، و لا موجب لمنعه بعد عدم كون تصرفه منافيا للاستيثاق.

و يشهد للجواز أيضاً صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (عليه السلام): «رجل رهن جاريته قوما أ يحل له أن يطأها؟ فقال: ان الذين ارتهنوها يحولون بينه و بينها، قلت: أ رأيت ان قدر عليها خاليا؟ قال: نعم لا أرى به بأسا»(٢).

و اما ما يروى عن النبى صلّى اللّه عليه و آله من ان «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فى الرهن»(٣) فضعيف السند، فان ابن أبى جمهور الاحسائى قد رواه فى درر اللآلى عن النبى صلّى اللّه عليه و آله مرسلا.

١- وسائل الشيعه ١٣: ١٢٣ الباب ٣ من أحكام الرهن الحديث ١

٢- وسائل الشيعه ١٣: ١٣٣ الباب ١١ من أحكام الرهن الحديث ١

٣- مستدرك الوسائل ١٣: ٤٢٦

و بهـذا يتضـح ضـعف ما قاله صاحب الجواهر من عـدم جواز تصـرّف الراهن بشتى أشـكاله اسـتنادا إلى الحديث المتقدم و الى التنافى بين الاستيثاق المأخوذ فى مفهوم الرهن و بين جواز التصرّف(١).

و اما عدم جواز تصرّف المرتهن فى الرهن بشى ء من التصرّفات، فلأنّه لا يكون مالكا له، بل إنّما هو وثيقه للدّين .

(و لو كان له نفع أوجر)

قيل: يؤجر باتّفاقهما لما تقدم من عدم جواز تصـرفهما فيه و إلّا آجره الحاكم . قلت: لا دليل على إيجار الحاكم مسـتقلا من دون طلب الراهن .

ثم انه وقع الخلاف فى كون الأجره رهنا كالأصل كما فى النماء المتجدّد أم لا؟

فـذهب إلى كونها رهنا أبو الصـلاح ففى كافيه «و إذا كان للرّهن غلّه يصحّ بقاؤها كالحنطه و الشـعير، فهى رهن مع الأصل و إن كـانت ممّـا لا ـ يصـحّ بقاؤها كالخيار و الأترج فعلى المرتهن بيعه و قبض ثمنه و الاحتساب به عن إذن الرّاهن إن أمكن و إلّا فهو رهن مع الأصل . و هو المفهوم من الشـيخ فى النهايه «إن كان الرّهن ممّا له غلّه مثل أن يكون دارا أو أرضا كانت الغلّه و الأجره لصاحب الأرض و على المرتهن أن يقاصّه بذلك من ماله عليه».

١- جواهر الكلام ٢٥: ١٩٥

و هو المفهوم من الصدوق فی الفقیه حیث افتی بمضمون صحیح محمّد بن قیس الذی رواه الکافی عنه عن الباقر (علیه السلام): «إنّ أمیر المؤمنین (علیه السلام) قال فی الأرض البور یرتهنها الرّجل لیس فیها ثمره فزرعها و أنفق علیها ماله: إنّه یحتسب له نفقته و عمله خالصا، ثمّ ینظر نصیب الأرض فیحسبه من ماله الذی ارتهن به الأرض حتّی یستوفی ماله، فإذا استوفی ماله فلیدفع الأرض إلی صاحبها»(۱).

و به افتی الکلینی حیث رواه و روی صحیح ابن سنان، عن الصّادق (علیه السلام): قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی کلّ رهن له غلّه أنّ غلّته تحسب لصاحب الرّهن ممّا علیه»(۲) و هو الصحیح و یشهد له روایات اخر ایضا(۳).

و لا ینافیهما صحیح إسحاق بن عمّار، عن الکاظم (علیه السلام) - فی خبر- قلت: فارتهن دارا لها غلّه لمن الغلّه؟ قال: لصاحب الدّار»(۴) الدل علی کون الغله للمالک الراهن و ذلک صحیح لکن بمقتضی صحیحی ابن قیس وابن سنان تصرفان فی الرهن و بذلک یظهر لک ضعف من ذهب إلی العدم کالمفید فی المقنعه «فإن کان الرّهن

ص:۳۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۵ح۱۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۵ح۱۳

۳- التّهذیب (فی ۳۰ من أخبار رهونه) عن أبی العبّاس والفقیه (فی ۶ من أخبار رهنه) عن إبراهیم الکرخی وفی ۱۰ منها عن محمّد بن قیس.

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۵ح۱۲

دارا مسكونه فأجرتها للرّاهن و إن كانت غير مسكونه لم يكن لأحدهما سكناها و لا إسكانها إلّا أن يصطلحا على ذلك».

و مثله الشيخ فى المبسوط «و أمّا المنفعه فإنّ الرّهن إن كان دارا كان للراهن استيفاء السكنى بغيره بأن يعيرها أو يكريها ليس له أن يسكنها، و قيل: إنّ له أن يسكنها و الأوّل أصحّ، و الأقوى أن نقول: ليس له أن يكريها غيره مدّه الرّهن و لا أكثر منه و لا أقلّ، و لا أن يسكنها غيره، غير أنّه إن فعل كانت الأجره له و لا يدخل فى الرّهن».

هذا و اغرب الصدوق فى المقنع فقال: «و إن رهن رجل عند رجل دارا لها غلّه فالغلّه لصاحب الدّار فإن سكنها المرتهن لم يكن عليه غلّتها لصاحبها إلّا أن يكون استأجرها منه، فإن آجرها فعليه أن يحتسب كراها من رأس ماله».

(و لو احتاج الى مؤونه فعلى الراهن) لانه ملكه .

(و لو انتفع المرتهن به لزمه الأجره و تقاصّا)

و رجع ذو الفضل بفضله كما هو مقتضى القاعده .

و قيل: تكون النفقه فى مقابله الرّكوب و اللّبن مطلقا استنادا إلى صحيح أبى ولّاد: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرّجل يأخذ الدّابّه و البعير رهنا بماله أله أن يركبه؟ فقال: إن كان يعلفه فله أن يركبه و إن كان الذى رهنه عنده يعلفه فليس له أن

يركبه»(۱) و مثله خبر السكونىّ عن جعفر، عن أبيه، عن آبائه، عن علىّ عليهم السّلام: قال النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله: الظهر يركب إذا كان مرهونا و على الذى يركبه نفقته، و الدّرّ يشرب إذا كان مرهونا و على الذى يشرب الدّرّ نفقته(۲), و بهما افتى الشيخ و الحلبىّ كما هو المفهوم من الصدوق و الكلينىّ الّا انه قيل انهما يحملان على الإذن فى التصرّف و الإنفاق مع تساوى الحقّين.

أقول: الصحيح و الخبر آبيان عن الحمل المذكور لا سيّما الأوّل ففيه «أله أن يركبه» فلو كان مأذونا فى الركوب لم يكن محتاجا إلى السؤال عن جوازه، و الخبر الثانى بل الاول ايضا ظاهر فى أنّه مصالحه قهريّه لو لم يكن بينهما مشارطه و هو الاقوى فلا ينافيان ما قاله المصنف .

و بذلك يظهر ضعف ما فى كلام الحلىّ بعد نقل مضمون الخبر الأوّل «و الأقوى عندى أنّه لا يجوز له التصرّف فى الرّهن على حال، للإجماع على أنّ الرّاهن و المرتهن ممنوعان من التصرّف» فانه اجتهاد قبال النص .

وا ما استدلال ابن زهره من عدم اشتراط استدامه القبض، ففيه: إنّ الاستدامه من طرف الرّاهن لازمه.

ص:۳۹

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۶ح۱۶

۲- من لا يحضره الفقيه؛ ج ۳، ص۳۰۶؛ باب الرهن.

متی یجوز للمرتهن الاستقلال بالاستیفاء؟

(الرابعه: یجوز للمرتهن الاستقلال بالاستیفاء لو خاف جحود الوارث إذ القول قول الوارث مع یمینه فی عدم الدین و عدم الرهن)

و یدلّ علی الحکمین صحیح سلیمان بن حفص المروزیّ: «کتبت إلی أبی الحسن (علیه السلام) - إلی- فی رجل مات و له ورثه فجاء رجل و ادّعی علیه مالا و أنّ عنده رهنا فکتب (علیه السلام): إن کان له علی المیّت مال و لا بیّنه له علیه فلیأخذ ماله ممّا فی یده و لیردّ الباقی علی ورثته و متی أقرّ بما عنده أخذ به و طولب بالبیّنه علی دعواه و أوفی حقّه بعد الیمین و متی لم یقم البیّنه و الورثه منکرون فله علیهم یمین علم، یحلفون باللّه ما یعلمون أنّ له علی میّتهم حقّا»(1) و سلیمان و ان لم یوثق الّا ان اعتماد الصدوق علی کتابه یکشف اما عن وثاقته او موثوقیه کتابه.

و هل یجوز للمرتهن بیع الرهن عند افتراض عدم الوکاله و الاذن ام لا؟ فقد یقال بالاول و ذلک من جهه ان التعاقد علی الرهن یستبطن التعاقد علی ان یکون للمرتهن الحق فی البیع لاستیفاء حقه مع عدم تصدی الراهن نفسه للبیع و لا اذنه فیه فهو شرط ضمنی عرفا.

أقول: ان ثبت ذلک عرفا فهو والّا کان للحاکم الشرعی او من یقوم مقامه التصدی لذلک فانه صاحب الولایه علی الممتنع.

1- الفقیه ح 17 من أخبار رهنه والتّهذیب فی 41 من أخبار رهونه

حصیله البحث:

إذا شرط الوکاله فی الرّهن لم یملک عزله .

و یجوز للمرتهن ابتیاع الرّهن و هو مقدّمٌ به علی الغرماء و لو أعوز ضرب بالباقی. و لا یجوز لأحدهما التّصرّف فیه نعم یجوز للراهن التصرف بما لا یتنافی مع الاستیثاق و لو کان نفعٌ أوجر و تصرف الاجره فی دین المرتهن حتی یحصل فک الرهن و لو احتاج إلی مؤونهٍ فعلی الرّاهن و لو انتفع المرتهن به بإذنه لزمه الأجره و تقاصّا. و یجوز للمرتهن الاستقلال بالاستیفاء لو خاف جحود الوارث، إذ القول قول الوارث مع یمینه فی عدم الدّین و عدم الرّهن, و هل یجوز للمرتهن بیع الرهن عند افتراض عدم الوکاله و الاذن ام لا؟ نعم له ذلک ان استبطن التعاقد عرفا ذلک علی ان یکون للمرتهن الحق فی البیع لاستیفاء حقه مع عدم تصدی الراهن نفسه للبیع و الّا کان ذلک للحاکم الشرعی .

لو باع أحدهما توقف علی إجازه الأخر

(الخامسه: لو باع أحدهما توقف علی إجازه الأخر)

أمّا عدم صحّه بیع الرّاهن فلأنّ من المعلوم عدم حقّ له فی البیع حتّی یفکّ الرّهن.

ص:۴۱

و أمّا المرتهن فلأنّه ليس بمالك، كما يشهد لذلك موثقه ابن بكير: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل رهن رهنا، ثمّ انطلق فلا يقدر عليه أ يباع الرّهن؟قال: لا حتّى يجى ء صاحبه»(۱).

و موثق عبيد بن زراره، عن الصّادق (عليه السلام) «فى رجل رهن رهنا إلى غير وقت، ثمّ غاب هل له وقت يباع فيه رهنه؟ قال: لا حتّى يجى ء»(۲).

(و كذا عتق الراهن)

يتوقف على إجازه المرتهن فيبطل برده , و قيل: يقع العتق باطلا بدون الإذن السابق، نظرا إلى كونه لا يقع موقوفا و هو الاقوى .

و أمّا العتق بعد الاجازه فصحّته من الرّاهن إذا أجاز المرتهن فلانّه مالك.

(لا) إذا أعتق (المرتهن)

فإن العتق يقع باطلا قطعا متى لم يسبق الإذن، إذ لا عتق إلا فى ملك لكن ذلك لو قلنا بكون العتق كالطّلاق فى عدم كفايه الاجازه فيه و إلّا فإجازه الرّاهن فى معنى

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۶۹ح۵

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۴و الفقيه فى ۱۳ من أخبار رهنه و فيه «إلى وقت» و رواه التّهذيب فى ۶ من أخبار رهونه مثل الكافى.

إجرائه الصیغه و إنّما المسلّم من عدم صحّه عتق غیر المالک من عتق ما یملکه فیما بعد کما أجازه العامّه.

(و لو وطئها الراهن صارت مستولده مع الاحبال و قد سبق جواز بیعها)

أقول: وطؤه لها اما ان یکون بإذن المرتهن أو بدونه فهاهنا صورتان:

أمّا مع الإذن فلا شک فی حلیته.

و أمّا حرمته مع عدم الإذن فذهب إلیه الشّیخان و الحلبیّان و القاضی و الحلیّ، بل ادّعی فی المبسوط الإجماع علیه لکن ظاهر الکلینیّ و الصدوق جوازه فرویا صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام) «فی رجل رهن جاریته قوما أ یحلّ له أن یطأها فقال: إنّ الّذین ارتهنوها یحولون بینه و بینها، قلت: إن قدر علیها خالیا، قال: نعم لا أری به بأسا»(1).

و یدل علیه ایضا صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل رهن جاریته عند قوم أ یحلّ له أن یطأها؟ قال:إنّ الّذین ارتهنوها یحولون بینه و بین ذلک، قلت: أ رأیت إن قدر علیها خالیا، قال: نعم لا أری هذا علیه حراما»(2).

ص:۴۳

۱- الکافی (فی ۲۰ من أخبار رهنه) و رواه الفقیه، ج ۳، ص: ۳۱۳ مع اختلاف لفظیّ و زیاده جمله «و لم یعلم الّذین ارتهنوها» بعد «خالیا ».

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۵ح۱۵

بل جوازه ظاهر التّهذيب أيضا حيث رواهما فی رهونه(۱) بدون تأويل، و لا مانع من العمل بهما حيث إنّ المسلّم من منع تصرّف الرّاهن تصرّفا يخرجه عن يد المرتهن، و أمّا لو رأى جاريته المرهونه خارجه من بيت المرتهن و قبّلها أو وطأها فليسا من تصرّف مخرج.

و أمّا ما تقدم من جواز بيعها فی ثمن رقبتها مع اعسار مولاها سواء كان حياً ام ميتاً فذهب إليه الشيخ فی الخلاف , و قد تقدم ان ما دل عليه صحيح عمر بن يزيد خاص بما بعد موت مولاها(۲).

لكن الوطی بغير الإذن و ان قلنا بجوازه لا يوجب عدم جواز بيعها و ذلك لاسبقيه حق المرتهن فان المولی ممنوع من تفويت حق المرتهن و عليه فاستيلادها غير مشروع فلا اثر له , و أمّا مع الإذن فلا يجوز بيعها مطلقا لان المرتهن هو الذی فوت حقه باجازته و اما ما نقل عن الإسكافی من قوله بجواز رهن أمّ الولد فلا يخفی ضعفه.

واما خبر الدّعائم مرفوعا «عن الباقر (عليه السلام): إذا ارتهن الرّجل الجاريه و أراد أن يطأها بغير إذن المرتهن عنده لم يكن له ذلك و إن وصل إليها فوطأها فلا شی ء عليه و إن علقت منه قضی الدّين من ماله و ردّت إليه و كانت أمّ ولد إذا ولدت» فضعيف لا يعول عليه كما لا يخفی.

ص:۴۴

۱- التهذيب روی الأوّل فی ۱۰ من رهونه و الثانی فی ۹ من أخبارها

۲- الكافی (ط - الإسلاميه) ج ۶ ص ۱۹۳ باب أمهات الأولاد

(و لو وطئها المرتهن فهو زان) لعدم المحلل (فإن أكرهها فعليه العشر ان كانت بكرا، و الّا فنصفه، و قيل مهر المثل)

و هو الصحيح لأنّه مقتضى الأصول، و لا وجه لتقييده بالإكراه و إنّما الفرق فى الإكراه و عدمه بالنسبه إلى الجاريه فى الإثم و عدمه، و القول بالعشر و نصف العشر إنّما ورد فى التحليل لا فى الرّهن ففى صحيح الفضيل بن يسار، عن الصّادق (عليه السلام) فى خبر: «قلت له: فما تقول فى رجل عنده جاريه نفيسه و هى بكر أحلّ لأخيه ما دون فرجها أله أن يفتضّها؟ قال: لا ليس له إلّا ما أحلّ له منها و لو أحلّ له قبله منها لم يحلّ له ما سوى ذلك، قلت: أ رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فافتضّها قال: لا ينبغى له ذلك، قلت: فإن فعل أ يكون زانيا؟قال: لا، و لكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قيمتها»(1) و رواه الحسن بن محبوب عن رفاعه، عنه (عليه السلام) ايضا، و أكثر القدماء لم يتعرّضوا له رأسا، و إنّما الشيخ فى مبسوطه و القاضى فى مهذّبه و الحلىّ ذكروا فيه المهر مطلقا بدون ذكر إكراه فما قيل من وجود الروايه فيه و الشهره غريب.

حصيله البحث:

ص:۴۵

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۶۸ح ۱

لو باع أحدهما توقّف على إجازه الآخر. و لا يصح عتق الرّاهن قبل الاجازه و لا المرتهن مطلقا، و لو وطئها الرّاهن باذن المرتهن صارت مستولدهً مع الإحبال فلا يجوز بيعها، حينئذٍ , و اما الوطی بغیر الإذن فلا یوجب عدم جواز بیعها و ان قلنا بجوازه كما هو الاقوی , و لو وطئها المرتهن فهو زانٍ، و علیه مهر المثل و إن طاوعته نعم مع الاكراه لا اثم علیها . و لو أحلّ شخص لاخر جاریه له فی ما دون فرجها فلیس له أن یطأها فلو وطأها یكون خائنا و یغرم لصاحبها عشر قیمتها إن كانت بكرا و إن لم تكن بكرا فنصف عشر قیمتها.

الرّهن لازم من جهه الراهن حتّی یخرج عن الحق

(السادسه: الرّهن لازم من جهه الراهن حتّی یخرج عن الحقّ فیبقی أمانه)

كما هو مقتضی عقد الرهن .

و اما إذا لم یعلم صاحب الرهن فهو كماله ففی صحیح صفوان عن محمّد بن ریاح القلّاء، عن أبی الحسن (علیه السلام): «سألته عن رجل هلك أخوه و ترك صندوقا فیه رهون بعضها علیه اسم صاحبه و بكم هو رهن، و بعضها لا یدری لمن هو و لا بكم هو رهن، فما تری فی هذا الذی لا یعرف صاحبه؟ فقال: هو كماله»(1) و به عمل الكلینی و الفقیه(2).

۱- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۶ح۱۹

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۳۱۳ وفیه ابن رباح بدل ابن ریاح .

أقول: و ما قد يقال من كونه امانه حتى يعلم صاحبه فخلاف ظاهر الصحيح من انه مع اليأس يكون كماله يتصرّف فيه ما يشاء نعم الاشكال فى وثاقه ابن رباح او ابن رياح حيث انه لم يوثق الّا ان الخبر موثوق به لان راويه صفوان و هو من اصحاب الاجماع مضافا الى عمل الاصحاب به .

ثم ان كون الرهن المجهول صاحبه للمرتهن مما تقتضيه القاعده بعد كون ما يقابله بيد الراهن فيأخذه مقاصه.

(و لو شرط كونه مبيعا) و هو الذى يعبر عنه بشرط النتيجه (عند الأجل بطلا)

يعنى الرّهن و البيع , قيل: و الوجه فى بطلانهما أنّ الرّهن لا يوقّت و الّا خرج عن كونه وثيقه , و البيع لا يعلّق. قلت: و قد تقدم بطلان شرط النتيجه نعم لو شرط بيعه صح لان المؤمنين عند شروطهم و بذلك تعرف ضعف الاقوال الاتيه.

و ظاهر الإسكافى صحّه الرّهن و البيع معا حيث قال: (إذا أراد المرتهن شرط ملك الرّاهن إن أخّر بدينه كان الأحوط عندى أن يقول للرّاهن «بعنى هذا بكذا و أنت بالخيار إلى وقت كذا و أبرأنى من ضمانه إلى ذلك الوقت» فإذا فعل ذلك فجاء الوقت و لم يؤدّ ما عليه استحقّه المرتهن و كان ما فعله فيه ماضيا) .

أقول: ولا يخفى ان قوله «و أبرأنى من ضمانه إلى ذلك الوقت» غير صحيح لأنّ ما قاله بيع بشرط خيار مدّه، و فيه يكون الضمان على المشترى لأنّه المالك .

ص:۴۷

و ظاهر المفيد صحّه الرّهن و بطلان البيع حيث قال: «و إذا اقترن إلى البيع اشتراط فى الرّهن أفسده فإن تقدّم أحدهما صاحبه كان الحكم له دون المتأخّر» بأن يكون معنى كلامه أنّه لو اشترط أن يكون المبيع رهنا بثمنه أو الرّهن مبيعا عند عدم الإتيان بالثمن فى أجله لم يصحّا معا، بل يكون الحكم بالصحّه مختصّا بمتقدّمهما و هو البيع فى الأوّل و الرّهن فى الثانى، و فسّره الشيخ فى مسائله الحائريّه أنّه إذا باعه إلى مدّه بمثل الرّهن كان البيع فاسدا، و إن باعه مطلقا ثمّ شرط أن يردّ عليه إلى مدّه إن ردّ عليه الثمن كان ذلك صحيحا يلزمه الوفاء به لقولهم عليهم السّلام «المؤمنون عند شروطهم» و فسّره فى موضع آخر على نقل الحلّى له و ارتضائه له: «أنّه إذا شرط البائع أن يسلّم المبيع إلى المشترى، ثمّ يردّه إلى يده رهنا بالثمن فإنّ الرّهن و البيع فاسدان».

(و لو قبضه ضمنه بعد الأجل لا قبله)

استنادا الى قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده بالنسبه الى البيع لان صحيح البيع مضمون ففاسده كذلك حيث انه بعد الأجل بيع فاسد، و استنادا الى ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده حيث ان صحيح الرهن غير مضمون ففاسده كذلك .

قلت: قد تقدم فى باب البيع عدم صحه القاعده و انه لا دليل على أصلها , لكن حيث ان بيعه و رهنه فاسدان فلا تكون يده يدا شرعيه فيكون ضامنا بعد الأجل قبله .

ص:۴۸

والنماء المتجدّد يدخل فی الرهن

(السابعه: یدخل النماء المتجدّد فی الرهن علی الأقرب)

قال فی المختلف: «إنّ النماء الموجود حال الارتهان إذا کان منفصلا کالولد و اللّبن، أو متّصلا یقبل الانفصال کالصّوف و الشعر خارج عن الرّهن، ذهب إلیه الأکثر و قال الإسکافیّ: جمیعه یدخل.

و قیل: الصحیح اتّباع العرف فی ذلک و العرف یجعل مثل الولد و اللّبن خارجا و مثل الصوف والشّعر داخلا، وکذلک المتجدّد بعد الرّهن متّصلا و منفصلا. وفی المختلف ذهب الإسکافی و المفید و الحلبیّ و القاضی و ابن حمزه و الحلیّ و الشیخ فی نهایته بدخوله، و ذهب فی مبسوطیه إلی عدم دخوله .

و استدلّ المختلف للأخیر بخبر السّکونیّ «عن الصّادق، عن آبائه علیهم السّلام، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: الظهر یرکب إذا کان مرهونا و علی الذی یرکبه النفقه، و الدّرّ یشرب إذا کان مرهونا و علی الذی یشرب نفقته. قال: ما ثبت للرّاهن الحلب و الرّکوب لأنّه المالک»(۱).

و بصحیح إسحاق بن عمّار، عن الکاظم (علیه السلام) «قلت: فإن أرهن دارا لها غلّه لمن الغلّه؟ قال: لصاحب الدّار».

۱- الفقیه فی الثانی من أخبار رهنه، و التّهذیب فی ۳۲ من أخبار رهونه

أقول: و استدلاله كما ترى أمّا الأوّل فقوله «و على الذى يركبه» عام للرّاهن و المرتهن كما صرّح به فى صحيح أبى ولّاد: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرّجل يأخذ الدّابّه و البعير رهنا بماله أله أن يركبه؟ فقال: إن كان يعلفه فله أن يركبه و إن كان الذى رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه»(۱).

و أمّا الثانى فغايه ما يدلّ عليه أنّ غلّه الرّهن ملك الرّاهن لا المرتهن و أمّا إنّها تصير جزء الرّهن أم لا؟ فلا دلاله فيه .

و عليه فلا دليل على دخول النماء فى الرهن و الاصل عدمه نعم قد دلّت أخبار أخرى على أنّ الغلّه للرّاهن و تكون عند المرتهن يحسبها من طلبه من الرّاهن كما فى صحيح ابن سنان، عن الصّادق (عليه السلام) «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى كلّ رهن له غلّه أنّ غلّته تحسب لصاحب الرّهن ممّا عليه»(۲).

و صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: فى الأرض البور يرتهنها الرّجل ليس فيها ثمره فزرعها و أنفق عليها ماله أنّه يحتسب له نفقته و عمله خالصا، ثمّ ينظر نصيب الأرض فيحسبه من ماله الذى ارتهن به الأرض حتّى يستوفى ماله فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها»(۳) و غيرهما(۴).

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۶ح۱۶

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۵خ۱۳

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۵خ۱۴ والبور: الارض التى لم تزرع .

۴- الفقيه (فى ۶ و۱۰ من أخبار رهنه) و التّهذيب (فى ۳۰ من أخبار رهونه)

و من هذه الأخبار يظهر أنّ الغلّه لا تبقى حبسا كأصلها عند المرتهن بل يتصرّف فيها بحساب دينه.

ينتقل حق الرّهانه بالموت لا الوكاله

(الثامنه: ينتقل حق الرّهانه بالموت)

يعنى ينتقل الى وارث المرتهن بموته (لا الوكاله و الوصيه) لعدم الدليل و لأنهما إذن فى التصرف يقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات بطل الاذن .

(إلّا مع الشرط) فان المؤمنين عند شروطهم .

(و للراهن الامتناع من استيمان الوارث) عند المصنف (و بالعكس فليتفقا على أمين و الّا فالحاكم) يعيّن له عدلا يقبضه لهما عند المصنف .

قلت: لا يخفى ان ما ذكره المصنّف لم يرد به نصّ و لم يرد فى كلام القدماء سوى الشّيخ فى مبسوطه و تلميذه القاضى فى مهذّبه , و قوله: و للراهن الامتناع من استيمان الوارث ليس بصحيح لان أصاله لزوم الرّهن من طرف الرّاهن ينفيه، و أيضا أنّ استيمان المرتهن استيمان وارثه و إذا لم يكن للراهن نفسه الامتناع من استيمانه بعد أن استأمنه أوّلا لم يكن لوارثه ذلك بالأولويّه كما لا يخفى.

نعم للمرتهن الامتناع من استيمان وارث الراهن بمقتضى عقد الرهن فقول المصنف «و بالعكس» كما ترى .

ص:٥١

حصیله البحث:

الرّهن لازمٌ من جهه الرّاهن حتّی یخرج عن الحقّ فیبقی أمانهً فی ید المرتهن، و اما إذا لم یعلم صاحب الرهن فهو کماله , و لو شرط کونه مبیعاً عند الأجل بطلا ـ و ضمنه بعد الأجل و قبله. و لا یدخل النّماء المتجدّد فی الرّهن علی الأقرب إلّا مع شرط الدّخول فالغلّه للرّاهن لکن یجوز للمرتهن ان یأخذها و یحسبها من طلبه من الرّاهن. و ینتقل حقّ الرّهانه بالموت لا الوکاله و الوصیّه إلّا مع الشّرط، و لیس للرّاهن الامتناع من استئمان الوارث، نعم للمرتهن الامتناع من استیمان وارث الراهن .

لا یضمن المرتهن إلّا بتعد أو تفریط

(التاسعه لا یضمن المرتهن الّا بتعد أو تفریط)

و بذلک استفاضت النصوص منها صحیح إسحاق بن عمّار، عن أبی إبراهیم (علیه السلام): «سألته عن الرّجل یرهن الرّهن بمائه درهم و هو یساوی ثلاثمائه درهم فیهلک أعلی الرّجل أن یردّ علی صاحبه مائتی درهم؟ قال: نعم لأنّه أخذ رهنا فیه فضل و ضیعه، قلت:فهلک نصف الرّهن؟ قال: علی حساب ذلک قلت: فیترادّان الفضل؟ قال: نعم»(۱).

ص:۵۲

۱- الکافی باب الرهن (۱۰۹ من معیشته)

قال الكلينى: «و بهذا الإسناد قلت لأبى إبراهيم (عليه السلام): الرّجل يرهن الغلام و الدّار فتصيبه الآفه على من يكون؟ قال: على مولاه، ثمّ قال: أ رأيت لو قتل قتيلا على من يكون؟ قلت: هو فى عنق العبد، قال: ألا ترى فلم يذهب مال هذا، ثمّ قال: أ رأيت لو كان ثمنه مائه دينار فزاد و بلغ مأتى دينار لمن كان يكون؟قلت: لمولاه، قال: كذلك يكون عليه ما يكون له».

و روى الفقيه ذيله صحيحا هكذا «عنه، عن أبى إبراهيم (عليه السلام) قلت له: الرّجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شى ء على من يكون نقصان ذلك؟ قال: على مولاه، قلت: إنّ النّاس يقولون: إذا رهنت العبد فمرض أو انفقأت عينه فأصابه نقصان فى جسده تنقص من مال من الرّجل بقدر ما ينقص من العبد، قال: أ رأيت لو أنّ العبد قتل على من يكون جنايته؟ قال: جنايته فى عنقه»(۱).

و صحيح الحلبىّ «فى الرّجل يرهن عند الرّجل رهنا فيصيبه توىً أو ضاع قال: يرجع المرتهن بماله عليه»(۲) وغيرها من النصوص.

و اما ما رواه الكافى عن سليمان بن خالد، عن الصّادق (عليه السلام): إذا رهنت عبدا أو دابّه فمات فلا شى ء عليك، و إن هلكت الدّابه أو أبق الغلام فأنت ضامن»(۳)

ص:۵۳

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۳۰۶

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۳۱۰

۳- الكافى و رواه التّهذيب فى ۲۳ من أخبار رهونه و الاستبصار فى ۱۱ من باب الرّهن يهلك نقلا له عن الكافى «إذا ارتهنت عبدا أو دابّه فماتا» و ما فيهما الصحيح لكن الغريب اتّفاق نسخ الكافى على ما مرّ، و يمكن تصحيح ما فى النسخ بكون «رهنت» بلفظ المجهول و كون «فمات» لأنّه راجع إلى أحدهما.

فمضـطرب متنا لان الموت نفس الهلاک فلا یقاوم الاخبار المستفیضه الداله علی عدم الضمان وقد تقدم قسما منها , هذا وحمل الشیخ الضمان فی الهلاک و الإباق فیه علی التفریط.

(فلیلزمه قیمته یوم تلفه علی الأصح)

کمـا حررنـا ذلـک فی کتاب الاجاره عنـد قول المصـنف: «الثالثه: اذا فرط فی العین ضـمن قیمتها یوم التفریط هـذا قول الاکثر و الاقرب ضمان قیمتها یوم التلف»(۱) وقلنا انه یشهد لقول الاکثر صحیحه ابی ولاد(۲) ففیها « فقلت للصادق علیه السلام أرأیت لو عطب البغـل و نفق الیس کـان یلزمنی قـال: نعم قیمه بغل یوم خالفته ...» یعنی قیمه مثل البغل الـذی مات و ان تلک القیمه للبغل هی قیمه یـوم الغصب و بعبـاره اخری ان الظرف متعلـق بـالقیمه المضـافه الی البغـل هـذا هـو الظـاهر عرفـاً من الروایه و حیث ان المفهوم عرفاً من قوله نعم جمله تامه و ما بعده یکون کالشارح لها حیث ان السوآل لم یکن یتطلب اکثر من نعم اولا و قد اجاب الامام علیه السلام بنعم و عقبه بجمله اخری متممه للجمله الاولی و مفسره لها و هی ان هذه القیمه هی قیمه بغل یوم المخالفه اذاً لا یمکن ارجاع یوم المخالفه الی نعم حسب المتفاهم العرفی فیسقط حینئذ هذا الاحتمال و لا یقال ان البغل بعد تنکیره یکون

۱- الدرر الفقهیه ج۱۰ص۴۱۳
۲- وسائل الشیعه؛ ج ۱۹، ص ۱۲۰؛ باب ۱۷

کلیاً فیکفی اعطاء ای فرد منه فانه یقال ان المرتکز عقلائیاً هو ضمان الغاصب للبغل الذی وقع الغصب علیه کما قرر ذلک نفس السائل فی سوآله و الجواب و ان کان کلیاً الا انه بقرینه السؤال من لزوم نفس التالف یتعین ان المراد من قیمه بغل یعنی قیمه مثل البغل التالف و کلیته باعتبار ان شخصه قد تلف فلابد من تقدیره بتقدیر بغل مثله و لا یخفی امکان تعلق الظرف بالقیمه المختصه بالبغل فلا یرد علیه ان الاختصاص معنی حرفیاً لا یقبل التقید لان الذی قید هو ذات القیمه لا اختصاصها بالبغل کما مثل بنظائره المحقق الخوئی فیقال زیاره الحسین علیه السلام کذا وکذا واما احتمال کون البغل اضیف الی الظرف حتی یکون المعنی ان للبغل حالات و اللازم هو قیمه بغل یوم المخالفه فهو خلاف الظاهر علی انه یثبت القیمه یوم الغصب لا یوم التلف و اما اقربیه ضمان العین یوم التلف عند المصنف فباعتبار ان یوم التلف هو یوم الانتقال من دفع العین الی دفع القیمه حسب ما تقتضیه القاعده و لعل النص عنده مجمل و قد اجاب عنه المحقق الخوئی بان ذلک یصلح دلیلاً للحکم التکلیفی لا الوضعی و انما القاعده تقتضی العبره بیوم الاداء الذی هو یوم افراغ الذمه.

أقول: و لیس من اصل عقلی او عقلائی هنا یعیّن لنا المصیر الی یوم الاداء أویوم التلف فان لکل واحد منهما اعتباراً و قد یقال باعلی القیمتین منهما حیث ان الغاصب فوّت علی المالک ذلک , و حیث لا معین لاحد هذه الاحتمالات فالمرجع عدم اشتغال الذمه بالاکثر، هذا اذا قلنا بعدم دلاله الصحیحه علی یوم

المخالفه و قد عرفت دلالتها و اما احتمال اخذ الغاصب باشق الاحوال فقد تقدم عدم ثبوت ذلک.

(و لو اختلفا فی القیمه حلف المرتهن)

کما ذهب إلیه ابن ادریس لکونه منکرا و ذلک لاصاله عدم اشتغال ذمته بالاکثر.

هذا و تردّد الإسکافیّ فیه فقال: «فإن اختلفا فی القیمه کانت خیانه المرتهن مسقطه عدالته و أمانته و کان الأولی عندی أن یؤخذ بقول الرّاهن مع یمینه إذا کانت الدّعوی ممّا لا ینکر مثلها فی القیمه و لا غرر بدعوی زور و لا ظلم، و لا تعدّی فی ذلک الرّهن فی وقت رهنه»، و ذهب الشیخان و الدّیلمیّ و الحلبیّان و ابن حمزه و القاضی إلی حلف الرّاهن و لا نصّ هنا و إنّما النصّ فی ما اختلفا فی ما علی الرّهن کما یأتی.

حصیله البحث:

لا یضمن المرتهن الرهن إلّا بتعدٍّ أو تفریطٍ فیلزم قیمته یوم تلفه علی الأصحّ، و لو اختلفا فی القیمه حلف المرتهن .

لو اختلفا فی قدر الحق المرهون به حلف الراهن

(العاشره: لو اختلفا فی قدر الحق المرهون به حلف الراهن علی الأقرب)

کما هو مقتضی اصاله عدم الزیاده مضافا الی صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام) «فی رجل یرهن عند صاحبه رهنا لا بیّنه بینهما فیه، فادّعی الذی عنده الرّهن

ص:۵۶

أنّه بـألف، فقـال صـاحب الرّهن إنّمـا هـو بمـائه، قـال: الـبيّنه على الـذى عنـده الرّهن أنّه بـألف و إن لم يكن له بيّنه فعلى الرّاهن اليمين»(۱) وصـحيح أبان بطريق الفقيه، عن ابن أبى يعفور، عن الصّادق (عليه السـلام) «إذا اختلفا فى الرّهن فقال: أحدهما رهنته بـألف درهم و قـال الآـخر بمـائه درهم فقـال: يسـئل صـاحب الأـلف البيّنه فإن لم يكن له بيّنه حلف صاحب المائه- الخبر»(۲) و غيرهما(۳).

لكن يعارضـها خبر السّكونىّ، عن جعفر، عن أبيه، عن علىّ عليهم السّلام «فى رهن اختلف فيه الرّاهن و المرتهن فقال الرّاهن: هو بكذا و كذا، و قال المرتهن: هو بأكثر، قال علىّ (عليه السلام): يصدّق المرتهن حتّى يحيط بالثمن لأنّه أمينه»(۴).

و عمـل بالأخبـار الأـوّله الشـيخ و الحلبىّ و القاضـى و ابن حمزه و الحلىّ، و به قال الصـدوق فى مقنعه، و هو ظاهر الكافى حيث اقتصر على الخبرين الأوّلين و عمل بالأخير الإسكافى ولا وجه له بعد معارضته بما هو اقوى منه.

(و لو اختلفا فى الرهن و الوديعه حلف المالك)

ص:۵۷

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۷ح۲

۲- الكافى (ط - الإسـلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۷ح۱ و رواه التّهذيب فى ۲۸ من أخبار رهونه مثله، و رواه فى من لا يحضـره الفقيه، ج ۳، ص: ۳۰۸، عن أبان، عنه (عليه السلام) بدون توسّط ابن أبى يعفور .

۳- التّهذيب (فى ۲۷ من أخبار رهونه)

۴- التّهذيب (فى ۳۱ من أخبار رهونه) و من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۳۰۸ .

عنـد المصـنف و ذلـک لان الاصل عـدم الرهن و لا تعارضه اصاله عـدم کونه ودیعه و الیه ذهب الشّـیخ فی النهایه و القاضـی و الحلیّ , قلت: وسیأتی ما فیه .

و خـالف الصـدوق فی المقنـع فقـال: «علی صـاحب الـودیعه الـبیّنه فـإن لم تکن له، حلـف صـاحب الرّهن» و به قـال الشـیخ فی الاسـتبصار، و هو المفهوم من الکافی حیث اعتمد صـحیح ابن أبی یعفور المتقدم، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر: و إن کان الرّهن أقـلّ ممّا رهن أو أکثر(۱) و اختلفـا فقـال أحـدهما: هو رهن، و قال الآخر: هو عنـدک ودیعه، فقال: سـئل صاحب الودیعه البیّنه فإن لم یکن له بیّنه، حلف صاحب الرّهن»(۲).

۱- الظـاهر أنّ الخبر محرّف و أنّ قوله «و إن کـان الرّهن أقلّ ممّا رهن أو أکثر» مربوط بسابقه الـذی مرّ فی العنوان السابق، و إنّ قوله «أو اختلفا» محرّف «و إذا اختلفا» مع سقوط «قال» قبله، و لو لا ما قلنا یکون قوله «و إن کان الرّهن- إلخ» بلا ربط مع ما بعده و کان قوله: «فقال» أخیرا زائدا أیضا.

۲- الکافی (ط - الإسـلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۷ح۱ و رواه التّهذیب فی ۲۸ من أخبار رهونه مثله، و رواه فی من لا یحضـره الفقیه، ج ۳، ص: ۳۰۸، عن أبان، عنه (علیه السلام) بدون توسّط ابن أبی یعفور .

و صحیح عبّاد بن صهیب، عنه (علیه السلام)، «سألته عن متاع فی ید رجلین أحدهما یقول: استودعتکه، و الآخر یقول: هو رهن، قال: فقال: القول قول الذی یقول: إنّه رهن عندی إلّا أن یأتی الذی ادّعی أنّه أودعه بشهود»(۱).

و هو الصحیح فان الاصل وان کان ما ذکرنا الّا انه لا یصار الیه مع وجود الدلیل.

ویشهد له ایضا صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام) فی خبر: «و قال فی رجل رهن عند صاحبه رهنا فقال: الذی عنده الرّهن: ارتهنته عندی بکذا و کذا، و قال الآخر: إنّما هو عندک ودیعه، فقال: البیّنه علی الذی عنده الرّهن أنّه یکون بکذا و کذا، فإن لم یکن له بیّنه فعلی الذی له الرّهن الیمین»(۲).

و اما حمل الاستبصار للصحیح علی أنّه إنّما قال «علیه البیّنه» فی مقدار ما علی الرّهن لا علی کونه رهنا فکما تری، فلو کان المراد ما قال لم یقل الآخر «إنّما هو عندک ودیعه» و أیضا الاختلاف فی المقدار ذکر فی صدر الخبر کما نقله التّهذیب جمله و علی ما قاله یکون الکلام کلّه لغوا .

و الی ما فی هذه النصوص یرجع کلام الإسکافی و ابن حمزه والحلبی ففصل الإسکافیّ «بین ما إذا ادّعی من بیده الشی ء کونه من أوّل قبضه رهنا فالقول قوله، و ما إذا ادّعی کون قبضه أوّلا غیر رهن ثمّ صار رهنا، فالقول قول المالک» و قال

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۸
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۷۴ح۲۶

الإسكافىّ أيضا «فى العاريه لو كان فى يد رجل سلعه و ادّعى أنّها رهن و قال صاحبها هى وديعه كانت البيّنه على المدّعى أنّها وديعه لأنّ خصمه يقرّ بأن يده لم تكن غاصبه و لا تجوز إزاله يد عمّا ليس غاصبه إلّا ببيّنه» و حينئذ فيمكن أن يقال: إنّه قائل بحلف من فى يده مطلقا، وقال ابن حمزه: «إن اعترف المالك بالدّين فالقول قول خصمه و إلّا فالقول قوله» و قال الحلبىّ: «يحلف من بيده المتاع فإن نكل فهو رهن» .

(و لو اختلفا فى عين الرهن حلف الراهن خاصه و بطلا)

أى بطل ما يدّعيه المرتهن من رهن عين مثلا ـ و ما يدّعيه الرّاهن من رهن عين اخرى مثلا، و لا يحتاج فى بطلان ادّعاء الرّاهن إلى حلف المرتهن لأنّ له حقّ الفسخ و إنكاره يرجع إليه فى ما لم يكن بمشروط و فى المشروط ليس له حقّ الفسخ، فيكون عليه أيضا يمين كما قال المصنف:

(و لو كان الرهن مشترطا فى عقد لازم تحالفا) .

ص:۶۰

لو أدى دينا و عين به رهنا

(الحادى عشره: لو أدى دينا و عين به رهنا فذاك)

لأن المؤدى و هو الراهن اعرف بقصده .

(و ان أطلق فتخالفا فى القصد حلف الدافع) على ما ادعى قصده .

و هـذا و إن لم يرد به نصّ لكنّه مقتضـى الأصول لأن الاعتبار بقصـده و هو أعلم به و إنما احتيـج إلى اليمين مع أن مرجع النزاع إلى قصد الدافع، لإمكان اطلاعه عليه بإقرار القاصد

(و كذا لو كان عليه دين خال) عن الرهن، و آخر به رهن (فادعى الدفع عن المرهون به)

ليفك الرهن، و ادعى الغريم الـدفع عن الخالى ليبقى الرهن فالقول قول الدافع مع يمينه، لأن الاختلاف يرجع إلى قصده الذى لا يعلم إلّا من قبله .

ص:٦١

لو اختلفا فی ما یباع به الرهن بیع بالنقد الغالب

(الثانیه عشره: لو اختلفا فی ما یباع به الرهن)

فـان تراضـیا علی امر فلاـ کلاـم لان کلا منهما له حق فیه , و الّا (بیع بالنقـد الغالب) لان بناء العقلاء علی ذلک فیکون کالشـرط الضمنی .

(فان غلب نقدان بیع بمشابه الحق) عند المصنف لاقربیته له .

و فیه: انه لا دلیل علیه .

(فإن باینهما عین الحاکم)

لانه المرجع عند الاختلاف .

حصیله البحث:

لو اختلفـا فی الحقّ المرهون به حلف الرّاهن علی الأـقرب، و لو اختلفـا فی الرّهن و الودیعه حلف مـدعی الرهن، و لو اختلفـا فی عین الرّهن حلف الرّاهن و بطلا، و لو کان مشـروطاً فی عقدٍ لازمٍ تحالفا. و لو أدّی دیناً و عیّن به رهناً فذاک، و إن أطلق فتخالفا فی القصـد حلف الـدّافع، و کـذا لو کـان علیه دینٌ حـالٌّ فـادّعی الـدّفع عن المرهون به. و لو اختلفا فیما یباع به الرّهن بیع بالنّقد الغالب، فإن غلب نقدان ولم یتفقا علی احدهما عیّن الحاکم احدهما .

(كتاب الحجر)

و أسبابه سته

(و أسبابه سته: الصغر و الجنون و الرق و الفلس و السفه و المرض)

امتداد حجر الصغير حتى يبلغ و يرشد

(و يمتدّ حجر الصغير حتى يبلغ و يرشد و ان كان فاسقا)

قال تعالى {وَ ابْتَلُوا الْيَتامىٰ حَتّٰى إِذٰا بَلَغُوا النِّكٰاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوٰالَهُمْ}.

كما فى صحيح هشام، عن الصّادق (عليه السلام) «انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشدّه، و إن احتلم و لم يونس منه رشد و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليّه ماله»(1).

و أمّا قول الشّهيد الثانى: «و أمّا صرف البالغ ماله فى وجوه الخير من الصدقات و المساجد و إقراء الضيف فالأقوى أنّه غير قادح فى رشده مطلقا إذ لا سرف فى الخير كما لا خير فى السرف» فخلاف الآيات و الرّوايات قال تعالى:«وَ الَّذِينَ إِذٰا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَ لَمْ يَقْتُرُوا وَ كٰانَ بَيْنَ ذٰلِكَ قَوٰاماً» و قال جلّ و علا أيضا «وَ آتُوا حَقَّهُ يَوْمَ حَصٰادِهِ وَ لٰا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لٰا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ» كيف و قد نهى اللّه تعالى نبيّه صلّى اللّه عليه

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٦٨ح٢

و آله عن الإفراط فیه بقوله «وَ لاٰ تَجْعَلْ یَدَکَ مَغْلُولَهً إِلیٰ عُنُقِکَ وَ لاٰ تَبْسُطْهٰا کُلَّ الْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُوماً مَحْسُوراً».

وفی صحیح الولید بن صبیح: «کنت عند أبی عبد اللّه (علیه السلام) فجاءه سائل فأعطاه ثمّ جاءه آخر فأعطاه ثمّ جاءه آخر، فقال: یسع اللّه علیک، ثمّ قال: إنّ رجلا لو کان له مال یبلغ ثلاثین أو أربعین ألف درهم، ثمّ شاء أن لا یبقی منها إلّا وضعها فی حقّ لفعل فیبقی لا مال له فیکون من الثلاثه الّذین یردّ دعاؤهم، قلت: من هم، قال أحدهم رجل کان له مال فأنفقه فی غیر وجهه، ثمّ قال: یا ربّ ارزقنی، فیقال له: أ لم أجعل لک سبیلا إلی طلب الرّزق»(۱).

و فی خبر مسعده بن صدقه، عنه (علیه السلام) فی خبر طویل «جاء عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: أنّ أصنافا من أمّتی لا یستجاب لهم دعائهم- إلی- و رجل رزقه اللّه عزّ و جلّ مالا کثیرا فأنفقه، ثمّ أقبل یدعو یا ربّ ارزقنی فیقول اللّه عزّ و جلّ: أ لم أرزقک رزقا واسعا فهلا اقتصدت فیه کما أمرتک و لم تسرف و قد نهیتک عن الإسراف»(۲).

(و یثبت الرشد بشهاده النساء فی النساء لا غیر)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۴، ص: ۱۶ح ۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۶۵ح ۱

قیل: حسب قاعده الشهاده فی اختصاص قبول شهاده النساء منفردات بکون ما یعرف من قبلهنّ أکثر.

قلت: لا ـ اصل لهـذا القیل وقـد تقـدم فی کتاب الشـهادات انه لا تقبل شـهاده النساء الّا فی ما لا یسـتطیع الرّجال أن ینظروا إلیه و لیس معهـنّ رجل(۱) کمـا فی صـحیح محمّـد بن فضـیل، عن الرّضـا (علیه السـلام): «قلت له: تجوز شـهاده النّسـاء فی النکاح أو الطلاق أو فی رجم، قال: تجوز شهاده النّساء فی ما لا یستطیع الرّجال أن ینظروا إلیه و لیس معهنّ رجل- الخبر»(۲).

و صـحیحه عبـد اللّه بن سـنان: «سـمعت ابا عبد اللّه (علیه السـلام) یقول: ... تجوز شـهاده النساء و حدهن بلا رجال فی کل ما لا یجوز للرجال النظر الیه ...»(۳) وعلیه فالرشد لیس منها قطعا فلا تصح فیه شهاده النساء .

نعم تصح شـهاده النساء مع الرجال فی الدیون کما یدل علیه قوله تعالی {وَ اسْتَشْـهِدُوا شَهِیدَیْنِ مِنْ رِجالِکُمْ فَإِنْ لَمْ یَکُونا رَجُلَیْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتانِ} الوارد فی الـدّیون بقرینه مـا قبله {إِذا تَـدایَنْتُمْ بِدَیْنٍ} وتـدخل أمثالهـا کالاموال والجنایه الموجبه للـدیه لان العرف لایفهم خصوصیه للدیون وقد تقدم انه یلحق بالدّیون ما

ص:۶۵

۱- الدرر الفقهیه ج۸ ص۳۵۷

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۳۹۱ح۵

۳- وسائل الشیعه ۱۸: ۲۶۰ الباب ۲۴ من أبواب الشهادات الحدیث ۱۰

یکون من حقوق النّاس(۱) ومنها الرشد کما یشهد لذلک أخبار ثبوت النکاح بشهاده النساء مع الرّجل کما ذهب الیه الإسکافیّ و ابنا بابویه و الحلبیّ و الشیخ فی مبسوطه و هو ظاهر العمانیّ ودل علی ذلک صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «سئل هل تقبل شهاده النساء فی النکاح، فقال: تجوز إذا کان معهنّ رجل- الخبر»(۲) کما تقدم.

(و بشهاده الرجال) لعموم حجیه البینه .

عدم صحه إقرار السفیه بمال و لا تصرفه فی المال

(و لا یصح إقرار السفیه بمال و لا تصرفه فی المال)

و حیث لا یصحّ تصرّفه لا یصحّ إقراره لأنّه منه، و قد قال تعالی {وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ الَّتِی جَعَلَ اللّٰهُ لَکُمْ قِیٰاماً}.

و فی خبر الأصبغ بن نباته عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) أنّه قضی أن یحجر علی الغلام المفسد حتّی یعقل»(۳).

(و یجوز أن یتوکل لغیره فی سائر العقود)

۱- الدرر الفقهیه ج۸ ص۳۵۶

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۳۹۰ح۲

۳- من لا یحضره الفقیه؛ ج ۳، ص۲۸؛ باب الحجر و الإفلاس .

مقصوده وكالته فی إجراء صیغ العقود دون التصدّی للمعاملات فإنّ من لا یصحّ بیعه لنفسه لا یصحّ بیعه لغیره.

(و یمتدّ حجر المجنون حتّی یفیق)

کما تقدم فی کتاب البیع وسیاتی فی العناوین القریبه الاتیه .

(و الولایه فی مالهما للأب و الجد له)

اما ولایه الاب فلا خلاف و لا شبهه فیها للنصوص الوارده فیها کما تقدمت فی کتاب البیع ,ففی صحیح الفضل بن عبد الملک: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن الرجل یزوّج ابنه و هو صغیر قال لا بأس- الخبر»(1).

و اما ولایه الجد للاب فقد تقدم البحث عنها فی کتاب البیع و سیاتی البحث عنها فی کتاب النکاح.

(ثم) الولایه تکون ل_(الوصی)والمراد من الوصی هو الوصی القیم لا مطلق الوصی و لا شک فی نفوذ تصرفانه و لذا جعل فی صحیح ابن رئاب وصحیح محمد بن اسماعیل الاتیین فی العنوان الاتی ذلک مفروغاً عنه وقد اقرّهما الامام علی ذلک وسیاتی البحث عنه مفصلا فی کتاب النکاح.

(ثم الحاکم)

ص:67

1- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 5، ص: 400ح1

واستدل له بمقبوله عمر بن حنظله والظاهر اختصاصها بالقاضی نعم قد یستفاد منها بالاولویه القطعیه ولایه الحاکم بتقریب ان الاسلام لم یهمل مشکله الترافع و التخاصم فکیف یهمل ما هواهم منه کاداره البلاد و اجراء الحدود و التصدی لکل امر لا متصدی له بالخصوص مما هو موکول الی الامام (علیه السلام) و استدل له أیضاً بالتوفیع الشریف و هو ما صح عن الکلینی عن اسحاق بن یعقوب و فیه « فاما الحوادث الواقعه فارجعوا فیها الی رواه احادیثنا فانهم حجتی علیکم وانا حجه الله » و سنده لا اشکال فیه حتی من جهه اسحاق حیث جاء فی نهایه التوقیع « و السلام علیک یا اسحاق » الظاهر فی جلالته و وثاقته و لا یضره انه هو الراوی لهذه الفقره بعد اعتماد الکلینی علیه.

واما دلالته فبتقریب ان المراد من الحوادث هی الوقائع و الامور العملیه و الرجوع فیها لیس المراد منه الرجوع فی حکمها بل الرجوع فی شخصها و بقرینه ان الامام (علیه السلام) جعل رواه احادیثهم حجه علی العباد من قبل شخصه (علیه السلام) وهذا لایناسب الرجوع فی حکمها، بل ذیلها ظاهر فی النصب و انهم منصوبون مطلقاً من قبله (علیه السلام) لعدم تقییده (علیه السلام) حجیتهم بامر خاص هذا ولا یخفی ان المراد من الرواه هم الفقهاء کما هو واضح.

ویشهد لجواز التصدی عند عدم تمکن من له الامر قوله تعالی { شرع لکم من الدین ...-الی- ان اقیموا الدین} الدال علی لزوم اقامه الدین بکل ابعاده و ان هذا التکلیف لا یسقط بسبب فقدان من له الامر بل ان قوله تعالی {والمؤمنون والمؤمنات بعضهم اولیاء بعض یأمرون بالمعروف وینهون عن المنکر} دال علی عموم الولایه

للمؤمنين وبقرينه يـأمرون ..ولاـ تنافى وجوب اطاعه ولى الامر عنـدما يكون مبسوط اليـد بل يكون دليل وجوب اطاعه ولى الامر مخصصا لهذه العمومات.

ويشـهد لذلك ورود الروايات بجواز تصدى الثقه والعدل وان تصـرفهم نافذ كما فى صحيح ابن رئاب المتقدم عن الكاظم (عليه السـلام) « سألته عن رجل بينى و بينه قرابه مات و ترك اولاداً صغاراً و ترك مماليك غلماناً و جوارى و لم يوص فما ترى فيمن يشترى منهم الجاريه يتخذها ام ولد و ما ترى فى بيعهم ؟ فقال ان كان لهم ولى يقوم بامرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم قلت: فما ترى فيمن يشترى منهم الجاريه فيتخـذها ام ولـد ؟ قال لا بأس بذلك اذا باع عليهم القيّم لهم الناظر فيما يصـلحهم »(۱) و الظـاهر ان المراد بالقيم فيه الارحام الموثوق بهم كما يشـهد له موثق سـماعه و فيه « ان قام رجل ثقه قاسـمهم ذلك كله فلا بأس »(۲).

ويشـهد لذلك أيضاً صـحيح اسماعيل بن سعد الاشعرى و فيه « فقال: اذا كان الاكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس به اذا رضى الورثه و قام عـدل فى ذلك »(۳) وصـحيح محمـد بن اسـماعيل و فيه فقال:« اذا كان القيّم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس »(۴) فـاذا كان مطلق الثقه و العـدل يجوز له بيع مال الصـغار بعـد ما كان ناظراً لهم فيما يصـلحهم فالحاكم الشـرعى و امينه اولى بذلك.

ص:۶۹

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۰۸ ح ۱ و من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۲۱۸ ح ۱

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۲۱۸ ح ۲

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۶۷

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۰۹ ح ۲

(و فی مال السفیه الذی لم یسبق رشده کذلک)

أقول: اختلف الاصحاب فی ان ولایه الاب و الجد علی القول بها هل هی ثابته علی الصغیر بعد بلوغه مجنوناً او سفیهاً ام انها تنقطع بالبلوغ؟ و لو قلنا بثبوتها بعد البلوغ اذا ما کان الجنون متصلاً به فهل هی ثابته لو بلغ عاقلاً ثم جن ام تعود الولایه للحاکم الشرعی؟

استدل للاول منها بالاجماع و الاستصحاب و هما کما تری و اشکلوا علی ثبوتها فی الثانی بعد انقطاعها اولاً.

أقول: المستظهر من الروایات هو ثبوت الولایه للاب سواء کان الجنون و السفه متصلاً بالبلوغ ام منقطعاً عنه منها ما تقدم من صحیح هشام، عن الصّادق (علیه السلام) «انقطاع یتم الیتیم بالاحتلام و هو أشدّه، و إن احتلم و لم یونس منه رشد و کان سفیها أو ضعیفا فلیمسک عنه ولیّه ماله»(۱) و المفهوم عرفا من الولی هو الاب.

ومنها: ما دل علی ان المرأه المالکه لنفسها یجوز تزویجها بغیر ولی مثل حسن الفضلاء عن الباقر (علیه السلام) « قال: المرأه التی ملکت نفسها غیر السفیهه و لا المولی علیها ان تزویجها بغیر ولی جائز » فان المراد بالولی ما هو المعهود من ولایه الاب لا الحاکم الشرعی و مثل خبر زراره عن الباقر (علیه السلام) قال: اذا کانت المرأه مالکةً امرها تبیع و تشتری وتعتق وتشهد و تعطی من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوّج ان شاءت بغیر اذن ولیها فان لم یکن ذلک فلا یجوز الا بأمر ولیها » فان

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۶۸ح۲

المنصرف من الولی فیها لا شک هو الاب دون الحاکم الشرعی وعلیه فالمستظهر من الروایات ان ولایه الاب علی ولده مفروغ عنها و لا تفصیل فیها بمن کان مجنوناً بعد البلوغ متصلاً به ام منقطعاً عنه .

و العبد ممنوع من التصرف عدا الطلاق

(و العبد ممنوع من التصرف) بمقتضی عبودیته (عدا الطلاق)

لأنّه بید من أخذ بالسّاق کما سیأتی فی باب الطلاق نعم للمولی فسخ العقد لا الطلاق.

و المریض مما زاد علی الثلث

(و المریض مما زاد علی الثلث و ان نجّز علی الأقوی) عند المصنف .

کما ذهب إلیه الصدوق و الإسکافی و الشیخ فی مبسوطه، و ذهب المفید و القاضی و الحلیّ إلی عدم حجره، و اختاره الشیخ فی نهایته و هو المفهوم من الکافی و الفقیه حیث اقتصرا علی روایه المطلقات ولم یرویا ما یخصصها بل رویا ما یدل علی نفوذ تصرفات المریض بالخصوص فرویا صحیح صفوان وهو من اصحاب الاجماع عن مرازم عن بعض اصحابنا عنه (علیه السلام) «فی الرّجل یعطی الشی ء من ماله فی مرضه فقال: إذا أبان به فهو جائز و إن أوصی به فهو من الثلث»(1)

ص:71

1- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۷ح۶ ومن لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۲۰۲

والمراد من قوله «اذا ابـان فيه» اى عزله عن ماله و سـلمه الى المعطى فى مرضه و لم يعلق اعطاءه على الموت فهو جائز يعنى نافذ والتفصيل الذى فيه يدل على نفوذه ولو كان اكثر من الثلث.

و امـا المطلقـات فرويا اولا عن عمّار الساباطىّ عن الصّادق (عليه السـلام): «صاحب المال أحقّ بماله ما دام فيه شـى ء من الرّوح، يضعه حيث شاء»(۱).

و ثانيا عنه ايضا عنه (عليه السـلام): الرّجل أحقّ بماله ما دام فيه الرّوح إن أوصـى به كلّه فهو جائز له»(۲) وغيرهما والمراد بقوله: «إن أوصـى، أى أمر كمـا وان المراد مـن قـوله جـائز يعنى نافـذ ورواه الفقيـه لكنـه حملـه على من لاـ وارث له مستشـهدا بمعتـبر السّـكونىّ «عن الصّادق (عليه السـلام)، عن أبيه (عليه السـلام) أنّه سـئل عن الرّجل يموت و لا وارث له و لا عصـبه، قال: يوصـى بماله حيث يشاء فى المسلمين و المساكين و ابن السبيل»(۳) قلت: وحمله كما ترى لا شاهد له .

و الروايات الداله على النفوذ بالاطلاق فوق حد الاستفاضه الا انها لا تنفع مع وجود المخصص.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص:۸ح۶ ومن لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۲۰۲
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۷ح۲ ومن لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۲۰۲
۳- من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۲۰۲

و یستدل لعدم نفوذ تصرفات المریض بالخصوص بموثق سماعه عن الصّادق (علیه السلام) «سألته عن عطیّه الوالد لولده، فقال: أمّا إذا کان صحیحا فهو له یصنع به ما شاء، فأمّا فی مرض فلا یصلح»(۱) فإنّه وان دل باطلاقه علی عدم النفوذ فی مرض الموت مطلقا الا انه مقید بما زاد علی الثلث بقرینه موثقه الاخر: «سألته عن الرّجل یکون لامرأته علیه الصّداق أو بعضه فتبرؤه منه فی مرضها؟ فقال: لا، و لکنّها إن وهبت له جاز ما وهبت له من ثلثها»(۲).

و مثله صحیح الحلبیّ سئل الصّادق (علیه السلام) «عن المرأه تبرأ زوجها من صداقها فی مرضها؟ قال: لا»(۳).

و خبر عقبه بن خالد، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام): «سألته عن رجل حضره الموت فأعتق مملوکا له لیس له غیره، فأبی الورثه أن یجیزوا ذلک کیف القضاء فیه؟ قال: ما یعتق منه إلّا ثلثه»(۴).

و خبر أبی بصیر، عنه (علیه السلام): إن أعتق رجل عند موته خادما له ثمّ أوصی بوصیّه أخری ألغیت الوصیّه و أعتقت الخادم من ثلثه إلّا أن یفضل من الثلث ما یبلغ الوصیّه»(۵).

ص:۷۳

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۵۶ح۱۹
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۰۱ح۱۳
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۰۱ح۱۲
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۱۹ح۱۲
۵- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۲۰ح۱۰

أقول: وقد اعرض الكلینی والصدوق عن نقل هذه الأخبار فلا وثوق لنا بها كما و انها لا مرجح لها علی الطائفه الاولی بل قابله للحمل علی التقیّه كما نقل الشیخ فی المبسوط من كون المنجّزات فی المرض من الثلث قول العامّه , مضافا الی انه لو قلنا بتعارضهما وتساقطهما فالمرجع هو عمومات النفوذ واللزوم , والحاصل هو صحه القول بنفوذ منجزات المریض من الاصل.

و أمّا موثق سماعه: «سألته عمّن أقرّ للورثه بدین علیه و هو مریض، قال: یجوز علیه ما أقرّ به إذا كان قلیلا»(۱).

و صحیح إسماعیل بن جابر: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل أقرّ لوارث له و هو مریض بدین علیه قال: یجوز علیه إذا أقرّ به دون الثلث»(۲) فمحمولان علی اتّهام المیّت، وذلك لصحیح ابن مسكان وهو من اصحاب الاجماع عن العلاء بیّاع السابریّ: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن امرأه استودعت رجلا مالا فلمّا حضرها الموت قالت له: إنّ المال الذی دفعته إلیك لفلانه و ماتت المرأه فأتی أولیاؤها الرّجل، فقالوا له: إنّه كان لصاحبتنا مال لا نراه إلّا عندك، فاحلف لنا ما قبلك شی ء، أ فیحلف لهم؟فقال: إن كانت مأمونه عنده فیحلف لهم و إن كانت متّهمه

۱- تهذیب الأحكام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۶۰ح۴

۲- تهذیب الأحكام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۶۰ح۵

فلاـ يحلف، و يضع الأـمر على ما كان، فإنّما لها من مالها ثلثه»(١) , وصـحيح منصور بن حازم: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السـلام) عن رجـل أوصـى لبعض ورثته أنّ له عليه دينـا، فقال: إن كان الميّت مرضـيّا فأعطه الـذى أوصـى له»(٢). وموثـق أبى أيّوب عنه (عليه السلام) (٣).

و صـحيح محمّد بن عبد الجبّار: «كتبت إلى العسكرىّ (عليه السلام):امرأه أوصت إلى رجل و أقرّت له بدين ثمانيه آلاف درهم و كـذلك ما كان لها من متاع البيت- إلى- فرأيك- أدام اللّه عزّك- فى مسأله الفقهاء قبلك عن هـذا و تعريفنا ذلك لنعمل به إن شاء اللّه، فكتب (عليه السلام) بخطّه: إن كان الدّين صحيحا معروفا مفهوما فيخرج الدّين من رأس المال إن شاء اللّه، و إن لم يكن الدّين حقّا أنفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أو لم يكف»(۴) بمقتضى حمل المطلق على المقيد .

و أمّا خبر السّـكونىّ، عن جعفر، عن أبيه، عن علىّ عليهم السّـلام: «إنّه كان يردّ النحله فى الوصيّه، و ما أقرّ عند موته بلا ثبت و لا بيّنه ردّه»(۵). و خبر مسعده بن صدقه، عن جعفر، عن أبيه عليهما السّلام، قال علىّ (عليه السلام): «لا وصيّه لوارث و لا

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١۶٠ح٧

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١۵٩ح٢

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١۶٠ح٣

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١۶١ح٩

۵- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٩، ص: ١۶٢ح١١

إقرار بدين. يعنى إذا أقرّ المريض لأحد من الورثه بدين فليس له ذلك-»(۱) فمحمولان على التقيّه و الرّاوى فيهما عامىّ.

حصيله البحث:

يمتدّ حجر الصّغير حتّى يبلغ و يرشد بأن يصلح ماله، و إن كان فاسقاً، و يختبر بما يلائمه. و يثبت الرشد بشهاده الرّجال مطلقاً, و لا يثبت الرّشد بشهاده النّساء فى النّساء , و لا يصحّ إقرار السّفيه بمالٍ و لا تصرّفه فى المال و لا يسلّم عوض الخلع إليه، و يجوز أن يتوكّل لغيره فى سائر العقود فى إجراء صيغ العقود دون التصدّى للمعاملات. و يمتدّ حجر المجنون حتّى يفيق، و الولايه فى مال السفيه و المجنون للأب للاب سواء كان الجنون و السفه متصلًا بالبلوغ ام منقطعاً عنه ثمّ الوصىّ ثمّ الحاكم و العبد ممنوعٌ مطلقاً، و المريض ممنوعٌ ممّا زاد عن الثّلث نعم منجزاته نافذه مطلقا على الأقوى.

ص:۷۶

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۶۱ح۱۰

و يثبت الحجر على السفيه بظهور سفهه

(و يثبت الحجر على السفيه بظهور سفهه) بدليل الاطلاقات المتقدمه (و ان لم يحكم به الحاكم)

(و لا يزول الّا بحكمه)

عند المصنف و لا وجه له حيث لا موضوعيه لحكم الحاكم و انما هو طريق للاثبات فلو ثبت فلا حاجه اليه .

هذا وذهب المبسوط إلى كونهما بحكمه، و قال ابن حمزه: «و إذا صلح السفيه انفكّ الحجر» قلت: وقد عرفت ان الصواب عدم اشتراط حكمه فى واحد منهما لعدم الدّليل عليه، بل ينفيه ظاهر الآيات قال تعالى «وَ لا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ الَّتِى جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِياماً- إلى- فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوالَهُمْ».

(و لو عامله العالم بحاله استعاد ماله)

لعدم انعقاد معاملته مع السفيه .

(و فى إيداعه أو إعارته أو إجارته فيتلف العين نظر)

و الأقرب عدم ضمانه فإنّه ليس بأمين على مال نفسه فكيف يؤمن على مال غيره فمن أمنه كان كمن ألقى ماله فى البحر.

ص:٧٧

(و لا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمسا و عشرين سنه)

كما قاله بعض العامّه فلا دليل له .

(و لا يمنع من الحج الواجب مطلقا و لا من المندوب إذا استوت نفقته حضرا و سفرا، و ينعقد يمينه و يكفر بالصوم)

و ذلك لعدم الدليل على منعه من العبادات المستحبّه بل هو كسائر الرّشداء مكلّف بجميع الطّاعات و مخاطب بكلّ الخطابات غايته أنّه لا يعطى المال بيده فى صرفه فى العبادات مستقلا كما لا يعطى فى المباحات فلم يرد خبر باستثنائه و لا تعرّض القدماء لإخراجه غير الشيخ فى المبسوط الذى يذكر فروعا أصلها العامّه فقال: «و إن أحرم بالحجّ نظر فإن كانت حجّه الإسلام أو فرضا لزمه بالنذر دفع إليه من ماله نفقته ليسقط الفرض عن نفسه و إن كان تطوّعا نظر فإن كانت نفقته فى السفر مثل نفقته فى الحضر دفع إليه و لم يجز تحليله من إحرامه، و إن كانت نفقته فى سفره أكثر فإن كان يمكنه أن يكسب الزّياده فى الطريق و ينفق على نفسه لم يجز أن يتحلّل و خلّى سبيله حتّى يخرج و دفع إليه قدر نفقته فى حضره من ماله و إن لم يكن له كسب و كانت نفقه سفره زائده على نفقه حضره فإنّ الولىّ يحلّله من إحرامه و يكون بمنزله المحصر و يتحلّل بالصوم دون الهدى، و كذلك إن حلف انعقدت يمينه، و إن حنث كفّر بالصوم دون المال، و إن وجب له القصاص كان له استيفاؤه، و إن عفا على مال صحّ».

و بالجمله إن لم تکن عباداته المندوبه أو یمینه و نذره و ما أشبه ذلک خارجه عن المتعارف فحاله حال الرّشید.

(و له العفو عن القصاص) لعدم محجوریته من التصرف غیر المالی .

(لا الدّیه) لمحجوریته من التصرف المالی .

حصیله البحث:

یثبت الحجر علی السّفیه بظهور سفهه و إن لم یحکم به الحاکم کما و یزول بارتفاعه و لو لم یحکم به الحاکم، و لو عامله العالم بحاله استعاد ماله فإن تلف فلا ضمان، و فی إیداعه أو إعارته أو إجازته فیتلف العین نظرٌو الأقرب عدم ضمانه، و لا یرتفع الحجر عنه ببلوغه خمساً و عشرین سنهً، و لا یمنع من الحجّ الواجب مطلقاً، و لا من المندوب إن استوت نفقته، و ینعقد یمینه و یکفّر بالصّوم، و له العفو عن القصاص لا الدّیه.

(کتاب الضمان)

اشاره

(و هو التعهد بالمال من البری ء)

الضمان بمعناه المصطلح علیه لدی فقهائنا هو التعهد بالدین للغیر بنحو ینتقل من ذمه المضمون عنه إلی ذمه الضامن.

ص:۷۹

و اما عند غيرنا فهو ضم ذمه إلى ذمه بحيث تعود ذمه الضامن و المضمون عنه مشغولتين للمضمون له و يحق له الرجوع على ايهما شاء.

و له اطلاق بمعنى اخر، و هو التعهد بالمال للغير و تحمل مسؤوليته من دون اشتغال ذمه الضامن بالفعل و براءه ذمه المضمون عنه، كما هو على المعنى الاصطلاحى , ولاشك فى مشروعيته بكل معانيه.

اما الضمان بالمعنى الاصطلاحى الذى تترتب عليه براءه ذمه المضمون عنه بمجرد الضمان و اشتغال ذمه الضامن فيتمسك له بصحيحه عبد اللّه بن سنان- التى رواها المشايخ الثلاثه بطرقهم الصحيحه- عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «رجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء، فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت»(۱).

و اما بمعناه المصطلح عليه عند غيرنا فقيل ان المعروف بين الاصحاب عدم صحته حتى مع التصريح بارادته الّا انه ذكر البعض امكان تصحيحه من خلال التمسك بالعمومات و هو الصحيح.

و اما الضمان بمعناه الاخير فهو متداول لدى العقلاء، كضمان شخص الدين للدائن ان لم يؤده المديون أو ضمان الدار لمشتريها إذا ظهرت مستحقه للغير أو ضمان الثمن للبائع ان ظهر كذلك . وشرعيته بالمعنى الثانى فللسيره العقلائيه المنعقده عليه المتصله بزمن المعصوم (عليه السلام) و الممضاه بعدم الردع. مضافا إلى

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۱۵۰ الباب ۲ من أبواب أحكام الضمان الحديث ۱

امکان التمسک بعموم قوله تعالی: {أَوْفُوا بِالْعُقُود}(۱) بناء علی افادته اللزوم و الصحه لا خصوص اللزوم کما هو الصحیح.

(و یشترط کماله و حریته الّا أن یأذن المولی فیثبت فی ذمه العبد)

قیل: یمکن أن یکون إذن المولی فی معنی ضمان نفسه فیثبت فی ذمّته.

قلت: و ان کان للمولی ان یضمن عن العبد کذلک له ان یقبل بضمان العبد وحده کما هو مقتضی قاعده السلطنه .

عدم اشتراط علمه بالمستحق و لا الغریم

(و لا یشترط علمه بالمستحق و لا الغریم)

و هو المضمون عنه، لأنه وفاء دین عنه و هو جائز عن کل مدیون, و للاطلاقات , هذا و نقل المختلف عن المبسوط اشتراط علمه بهما، و عن الخلاف عدمه و استدل له بما رواه أبو سعید الخدریّ قال: کنّا مع النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم فی جنازه، فلمّا وضعت قال صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: هل علی صاحبکم من دین؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلّوا علی صاحبکم، فقال علیّ (علیه السلام): هما علیّ و أنا لهما ضامن- الخبر».

۱- المائده: ۱

و ما رواه جابر الأنصاریّ: أنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله کان لا یصلّی علی رجل علیه دین، فأتی بجنازه، فقال: هل علی صاحبکم من دین؟ فقالوا: نعم دیناران، فقال: صلوا علی صاحبکم، فقال أبو قتاده: هما علیّ، فصلّی علیه، فلمّا فتح اللّه علی رسوله قال: أنا أولی بالمؤمنین من أنفسهم فمن ترک مالا ـ فلورثته، و من ترک دینا فعلیّ», و قال: إنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله لم یسأل علیّا (علیه السلام) و لا أبا قتاده عن معرفتهما صاحب الدّین و لا المیّت» .

قلت: الخبران دالّان علی کفایه تمییز الغریم و هو المیّت هنا، و أمّا المستحقّ فلیس فیهما إشاره إلی تمیزه بحضوره أو وصفه و هما خبران عامیّان.

(بل تمیزهما)

أی المستحق (۱) و الغریم لیمکن توجه القصد إلیهما، أما المضمون له فلاجل التمکن من إیفائه، و أما المضمون عنه فلاجل تعیین من تبرئ ذمته, و قیل: لا وجه لتمییزه لأن المعتبر القصد إلی الضمان و هو التزام المال الذی یذکره المضمون له، و ذلک غیر متوقف علی تمییز من علیه الدین و لا ـ دلیل علی اعتباره بخصوصه . قلت: بل یتوقف علی تمییز من علیه الدین حتی یعلم سقوط ذمه هذا لا غیره .

حصیله البحث:

ص:۸۲

۱- و هو المضمون له، و المراد من الغریم: المضمون عنه.

الضـمان: هو التّعهّـد بالمال من البرى ء بنحو ينتقل من ذمه المضـمون عنه إلى ذمه الضامن و اما عند غيرنا فهو ضم ذمه إلى ذمه بحيث تعود ذمه الضامن و المضـمون عنه مشغولتين للمضمون له و يحق له الرجوع على ايهما شاء. و له اطلاق بمعنى اخر، و هو التعهـد بالمـال للغير و تحمـل مسؤوليته من دون – اشـتغال ذمه الضـامن بالفعـل و براءه ذمه المضـمون عنه – و هو مشـروع بكل معـانيه, و يشـترط كمـاله و حرّيّته إلّا أن يـأذن المـولى فيثبت فى ذمّه العبـد إلّا أن يشـترطه من مـال المـولى و لاـ يشـترط علمه بالمستحقّ و لا الغريم بل تمييزهما لاجل ايفائه المستحق وتعيين من تبرئ ذمته .

و الإيجاب ضمنت و تقبلت و شبهه

(و الإيجاب ضمنت و تقبلت و شبهه، و لو قال: مالك عندى أو علىّ أو ما عليه علىّ فليس بصريح)

أقول: اما اشتراط كون الصـيغه من الالفاظ الصـريحه كما عليه المصنف فيرده عدم الدليل على هذا الشرط بل يكفى فيها الظهور العرفى و فهمهـم منـه المراد و لـو بـالقرائن الحـاليّه أو المقـاليّه ولاـنه بــذلك يتحقـق العقـد فيشــمله عمـوم قـوله تعـالى:{أَوْفُوا بِالْعُقُود}(١) كما يتحقق بذلك عنوان الضمان فتشمله صحيحه ابن سنان المتقدمه.

ص:٨٣

١- المائده: ١

و يشهد لذلک خبر فضيل و عبيد، عن الصّادق (عليه السلام): لما حضر محمّد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم- إلى- فقال عليّ بن الحسين عليهما السّلام: ثلث دينک عليّ، ثمّ سكت و سكتوا، فقال (عليه السلام): عليّ دينک كلّه» ثمّ قال (عليه السلام): أما إنّه لم يمنعني أن أضمنه أوّلا إلّا كراهه أن يقولوا: سبقنا»(۱) كما أنّه لا يشترط أن يقول: «ضمنت» بلفظ الماضی كما قال المصنف بل يكفی «أضمن».

و يشهد له مضافا لما تقدم خبر عيسى بن عبد اللّه فی خبر: «قال السّجّاد (عليه السلام) للغرماء: أضمن لكم المال إلى غلّه»(۲).

و اما اصل اعتبار الايجاب و القبول فی تحقق الضمان فمعلوم و ذلک لانه نحو من المعاقده التی لا تتم الّا بذلک كما قال المصنف: (فيقبل المستحق) .

(و قيل: يكفی رضاه فلا يشترط فوريه القبول)

و استدل له بالأصل و حصول الغرض . قلت: الملاک فی تحقق المعاقده هو انشاء الرضا لا مجرده .

و قيل: لا يشترط رضاه مطلقا و ذلک لصحه الضمان التبرعی، الذی هو بمنزله وفاء دين الغير تبرعا بدون ضمان حيث لا يعتبر فيه رضاه لما روی من ضمان عليّ

۱- وسائل الشيعه؛ ج ۱۸، ص۴۲۴؛ باب ۳

۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۹۷ح۷

(علیه السلام) دین المیّت الذی امتنع النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله من الصّلاه علیه لمکان دینه .

نعم إذا استلزم الضمان التبرعی اهانه المضمون عنه - کتبرع وضیع بضمان دین انسان شریف- حرم تکلیفا و لکنه لا یلزم عدم الصحه وضعا.

قلت: هو استدلال باطل لأنّه إذا کان المیّت لا شی ء له و لم یبرئه المستحقّ فلا بدّ أنّه یرضی بکلّ من یعطی عوضه و فی مثل المورد رضاه مقطوع لأنّ عدم الرّضا إنّما یکون لخوف أن لا یفی أو یماطل و فی مورده (علیه السلام) کانا منتفیین.

و استدلال الوسائل به و بخبر جابر الأنصاری وقد تقدم ایضا ففی غیر محلّه لانهما خبران عامیّان، و قد روی الثانی أبو داود فی الباب التّاسع من بیوعه.

و اما خبر فضیل و عبید، عن الصّادق (علیه السلام): لما حضر محمّد بن أسامه الموت دخل علیه بنو هاشم- إلی- فقال علیّ بن الحسین علیهما السّلام: ثلث دینک علیّ، ثمّ سکت و سکتوا، فقال (علیه السلام): علیّ دینک کلّه» ثمّ قال (علیه السلام): أما إنّه لم یمنعنی أن أضمنه أوّلا إلّا کراهه أن یقولوا: سبقنا»(۱) فلا دلاله فیه علی انتفاء رضاه .

۱- وسائل الشیعه؛ ج ۱۸، ص۴۲۴؛ باب ۳

و يدلّ على اشتراط رضاه صحيح الحسن بن محبوب وهو من اصحاب الاجماع عن عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (عليه السلام) فى الرّجل يموت و عليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمّه الميّت»(۱).

و أمّا ما فى موثق الحسن بن الجهم: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل مات و له علىّ دين و خلّف ولدا رجالا و نساء و صبيانا، فجاء رجل منهم فقال: أنت فى حلّ ممّا لأبى عليك من حصّتى و أنت فى حلّ ممّا لإخوتى و أخواتى، و أنا ضامن لرضاهم عنك، قال: يكون فى سعه من ذلك و حلّ، قلت: فان لم يعطهم؟ قال:كان ذلك فى عنقه، قلت: فان رجع الورثه علىّ فقالوا: أعطنا حقّنا، فقال: لهم ذلك فى الحكم الظاهر فأمّا بينك و بين اللّه عزّ و جلّ فأنت منها فى حلّ إذا كان الرّجل الذى أحلّ لك يضمن لك عنهم رضاهم، فيحتمل لما ضمن لك، قلت: فما تقول فى الصبىّ لأمّه أن تحلّل؟ قال: نعم إذا كان لها ما ترضيه أو تعطيه، قلت: فإن لم يكن لها، قال: فلا، قلت: فقد سمعتك تقول: إنّه يجوز تحليلها، فقال: إنّما أعنى بذلك إذا كان لها مال، قلت: فالأب يجوز تحليله على ابنه؟ فقال له: ما كان لنا مع أبى الحسن أمر يفعل فى ذلك ما شاء، قلت: فإن الرّجل ضمن لى عن ذلك الصبىّ و أنا من حصّته فى حلّ فإن مات الرّجل قبل أن يبلغ الصبىّ فلا شى ء عليه؟

۱- الكافى (فى باب أنّه إذا مات الرّجل حلّ دينه، ۲۲ من معيشته)

قال: الأمر جائز على ما شرط لک»(۱) فمعارض بما تقدم مما هو اقوى منه فلا وثوق به.

و لا عبره بالغريم

(و لا عبره بالغريم)

يعنى لاعبره بقبول المضمون عنه لأنّه وفاء عنه و هو غير متوقّف على إذنه كما ذهب إليه الحلىّ خلافا للشّيخين و القاضى و ابن حمزه أنّه يشترط عدم إنكاره فلو أنكره بطل لعدم الدّليل على صحّته و لأنّه تحمّل منّه لا يجب.

أقول: الصحيح عدم اعتبار رضا المضمون عنه و ذلک لانه اجنبى عن العقد و بذلک يظهر ضعف القول بعدم الدّليل على صحّته واما كونه تحمّل منّه لا يجب فلا ربط له بصحته. وقد تقدمت صحيحه ابن سنان الداله على صحه الضمان عن الميت واذا جاز عن الميت جاز عن الصبى و المجنون و المكره و السفيه لعدم الفرق، بل لعل ذلک أولى.

(نعم لا يرجع عليه مع عدم اذنه فى الضمان)

أمّا عدم رجوعه مع عدم إذنه فلعدم الدليل على ضمانه و لانه تبرع من الضامن لا مسوّغ لرجوعه، و هو اشبه باداء دين الغير تبرعا و من دون ضمان.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۲۵ح۷

و اما خبر الحسین بن خالد: قلت لأبی الحسن (علیه السلام): قول النّاس: الضامن غارم، فقال: لیس علی الضامن غرم، الغرم علی من أکل المال»(۱) فمنصرف الی الضمان باذنه مضافا الی ضعفه سندا .

(و لو أذن له رجع علیه بأقل الأمرین مما أداه و من الحق)

کما فی موثق عمر بن یزید، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل ضمن علی رجل ضمانا، ثمّ صالح علیه، قال: لیس له إلّا الذی صالح علیه»(۲). و تفصیل الإسکافیّ بین کون الصلح قبل وجوب الحکم علی الضامن بالمال و بعده مخالف لاطلاق النص الانف الذکر.

و یشترط فیه الملاءه أو علم المستحق بإعساره

(و یشترط فیه) ای الضامن (الملاءه أو علم المستحق بإعساره) عند المصنف.

أقول: لم یظهر لهذ الشرط دلیل و اصاله العدم تنفیه .

(و یجوز الضمان حالًّا و مؤجّلا عن حالّ و مؤجّل)

لعموم المسلمون عند شروطهم و قال فی المبسوط: «لا یصحّ ضمان الحالّ عن المؤجّل لأنّه لا یجوز أن یکون الفرع أقوی من الأصل» و هو کما تری، و قال

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۱۰۴ح۵

۲- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۵۳ الباب ۶ من أحکام الضمان الحدیث ۱

المفيد و الشيخ فى النهايه و القاضى فى الكامل و ابن حمزه بعدم صحّه الضمان حالًّا رأسا و جوّزه المبسوط و الحلّى و القاضى فى مهذّبه.

(و المال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه)

و منع المبسوط من ضمان مال الكتابه لأنّه ليس بلازم فى الحالّ لأنّ للمكاتب إسقاطه بفسخ الكتابه للعجز و لا يؤول إلى اللّزوم لأنّه إذا أدّاه عتق، و جوّز ضمان النفقه الماضيه و الحاضره للزّوجه دون المستقبله لأنّها تجب بالتمكين.

أقول: اما اعتبار ثبوت الدين فى ذمه المضمون عنه فلانه بدونه لا يمكن نقل ما فى ذمته إلى ذمه اخرى.

نعم لا- يشترط فى الضمان بالمعنى الثانى و ذلك لانه تعهد و تحمل للمسؤوليه من دون اشتماله على نقل ما فى ذمه إلى ذمه اخرى ليعتبر فيه ذلك .

حصيله البحث:

لا بدّ للضمان من إيجاب و قبول و الإيجاب: ضمنت أو تكفّلت و تقّبلت، و شبهه. و يكفى فيه كل ما له ظهور عرفى فيه, فيقبل المستحقّ و لا يشترط فوريّه القبول, و لا عبره بقبول الغريم، نعم لا يرجع عليه مع عدم إذنه و لو أذن رجع بأقلّ الأمرين ممّا أدّاه و من الحقّ، و يجوز الضّمان حالًّا و مؤجّلًا عن حالٍّ و مؤجّلٍ, و المال المضمون ما جاز أخذ الرّهن عليه، و لابد من ثبوت الدين فى ذمه

المضـمون عنه لانه بـدونه لا يمكن نقل ما فى ذمته إلى ذمه اخرى , نعم لا يشترط فى الضـمان بالمعنى الثانى و ذلك لانه تعهد بالمال و لو لم يكن هناك دين.

ضمان المشترى لعهده الثمن

(و لو ضـمن للمشترى عهده الثمن لزمه ضـمانه فى كل موضع يبطل فيه البيع) كالاسـتحقاق و لم يجز المالك البيع و لا ريب فى صحّه هذا الضمان و امثاله لعدم المانع منه .

(و لو ضمن له درك ما يحدثه من بناء أو غرس فالأقوى جوازه)

قلت: هـذه المسأله مضافا الى كونها من مصـاديق «ضـمان مـا لم يجب» هى من مصـاديق «ضـمان المجهـول» و بجوازهـا افـتى الإسـكافىّ و المفيـد و الـدّيلمى و الحلبىّ و ابن زهره و القاضـى فى كـامله و الشّـيخ فى نهـايته، و ذهب فى مبسـوطيه إلى عـدم صحّته، و تبعه الحلىّ و القاضى فى مهذّبه .

أقول: عموم قوله تعـالى {اوفوا بـالعقود} شامـل لكـل انواع الضـمان وان لم يكن نقل ذمه الى ذمه و عليه فلا اشـكال فى صـحه «ضـمان ما لم يجب» نعم «ضـمان المجهول» ان كان من مصاديق الغرر فلا يصـح لما تقدم من النهى عن الغرر, و لا غرر هنا كما لا يخفى .

ص:٩٠

و لو أنكر المستحق القبض من الضامن فشهد عليه الغريم قبل

(و لو أنكر المستحق القبض من الضامن فشهد عليه الغريم(۱) قبل مع عدم التهمه)

و الوجه فی قبول شهاده المضمون عنه لأنّه إن کان أمره بالضمان فشهادته شهاده علی نفسه باستحقاق الرّجوع علیه وا ن کان الضامن متبرعا عنه فهو أجنبی فلا مانع من قبولها لبراءته من الدین أدی أم لم یؤد، هذا مع عدم التّهمه .

(و) اما (مع) التهمه بأن تفیده الشهاده فائده زائده علی ما یغرمه(۲) و (عدم قبول قوله) ای المضمون عنه (لو غرم الضامن رجع فی موضع الرجوع بما أداه أولا)

ص:۹۱

۱- الغریم فی الأخبار هو صاحب الدّین المستحقّ للمال کما مرّ فی صحیح عبد اللّه بن سنان، و خبر عیسی بن عبد اللّه و الذی علیه الدّین هو الغارم قال تعالی {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاکِینِ وَ الْعَامِلِینَ عَلَیْهَا وَ الْمُؤَلَّفَهِ قُلُوبُهُمْ وَ فِی الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِینَ} و أمّا الغریم فکالقتیل مفعول بمعنی من أعطوه الغرامه .

۲- هذا و للتهمه صور منها أن یکون الضامن معسرا و لم یعلم المضمون له بإعساره « بناءً علی شرطیه الملاءه او علم المضمون له باعسار الضامن » فإنه له الفسخ حیث لا یثبت الأداء و یرجع علی المضمون عنه- فیدفع بشهادته عود الحق إلی ذمته- و منها أن یکون الضامن قد تجدد علیه الحجر للفلس و للمضمون عنه علیه دین فإنه یوفر بشهادته مال المفلس فیزداد ما یضرب به- و لا فرق فی هاتین بین کون الضامن متبرعا و بسؤال لأن فسخ الضمان یوجب العود علی المدیون علی التقدیرین .

و رجوع الضامن بما أدّاه أوّلا- لو لم تقبل شهاده المضمون عنه فلتصادقهما على كونه هو المستحق فى ذمه المضمون عنه و اعترافه بأن المضمون له ظالم بالأخذ ثانيا.

(و لو لم يصدّقه على الدّفع رجع بالأقلّ)

كما تقدم من انه ضامن للاقل و لم يثبت هنا الاكثر لعدم اعترافه به .

حصيله البحث:

و لو ضمن للمشترى عهده الثّمن لزمه فى كلّ موضعٍ يبطل فيه البيع من رأسٍ كالاستحقاق، و لو ضمن له درك ما يحدثه من بناءٍ أو غرسٍ فالأقوى جوازه، و لو أنكر المستحقّ القبض فشهد عليه الغريم قبل مع عدم التّهمه، و مع عدم قبول قوله لو غرم الضّامن رجع فى موضع الرّجوع بما أدّاه أوّلًا، و لو لم يصدّقه على الدّفع رجع بالأقلّ.

شرائط الضمان

يلزم لتحقق الضمان توفر:

١- كون الضامن و المضمون له بالغين عاقلين مختارين و ليسا محجرا عليهما لسفه، بخلاف المضمون عنه، فانه لا يلزم فيه ذلك و يلزم أيضا عدم فلس المضمون له دون الضامن.

اما اعتبار البلوغ و ما بعده فی الضامن و المضمون له فلأنهما طرفا العقد، و ذلک معتبر فی مطلق طرفی العقد.

و اما عدم اعتبار ما ذکر فی المضمون عنه فلانه اجنبی عن العقد.

علی انه إذا جاز کونه میتا- کما هو مورد صحیحه ابن سنان المتقدمه- جاز کونه صبیا أو مجنونا أو مکرها أو سفیها لعدم الفرق، بل لعل ذلک أولی.

و اما اشتراط عدم فلس المضمون له فلان المفلس ممنوع من التصرف فی أمواله و لو بنقلها، و واضح ان لازم قبوله الضمان نقل دینه من ذمه إلی ذمه.

و اما عدم اشتراط فلس الضامن فلان المفلّس ممنوع من التصرف فی أعیان أمواله دون ذمته. و یشهد لذلک انه لا یحتمل عدم جواز اقتراضه؟

۲- التنجیز کما هو المشهور، فلا یصح لو قال انا ضامن ان اذن لی فلان أو ان لم یف المدیون دینه. نعم لا یعتبر ذلک فی الضمان بالمعنی الثانی لو کان الضمان بصیغه انا ضامن ان لم یف المدیون دینه.

اما اعتبار التنجیز فقد تقدم دلیله فی کتاب البیع(۱) .

و اما عدم اعتباره فی الضمان بالمعنی الثانی فلعدم شمول الدلیل المتقدم له ولا مانع من التمسک بالسیره العقلائیه و العموم.

۱- الدرر الفقهیه ج۱۰ ص۲۰

۳- ثبوت الـدين فى ذمه المضـمون عنه فلا يصـح اقرض فلانا و انا ضامن.نعم يصح ذلک فى الضـمان بمعناه الثانى. وذلک لانه بدونه لا يمكن نقل ما فى ذمته إلى ذمه اخرى.

و اما عدم اشتراطه فى الضـمان بالمعنى الثانى فلانه تعهد و تحمل للمسؤوليه من دون اشتماله على نقل ما فى ذمه إلى ذمه اخرى ليعتبر فيه ذلک.

۴- تعيّن الدين و المضمون له و المضمون عنه، بمعنى عدم تردده، فلا يصح ضمان أحد الدينين و لو لشخص معين على شخص معين، و لا ـ ضـمان دين أحـد الشخصـين و لو لواحـد معين، و ذلک لانه بـدونه لا يمكن تحقق القصـد إلى الضـمان، فان تحقق الضـمان بلحاظ هذا الدين دون ذاک بلا مرجح، و بلحاظهما خلاف المقصود، و المردد بما هو مردد لا خارجيه له ليمكن تحقق الضمان بلحاظه, و هذا نفسه يجرى فى فرض تردد المضمون له أو المضمون عنه.

۵- هذا و لا يعتبر العلم بوصف و نسب المضمون عنه و المضمون له و ذلک لانه لا دليل عليه.

حصيله البحث:

لابد من كون الضامن و المضـمون له بالغين عاقلين مختارين و ليسا محجرا عليهما لسـفه، بخلاف المضمون عنه، فانه لا يلزم فيه ذلک و يلزم أيضا عدم فلس المضمون له دون الضامن. و التنجيز كما هو المشهور، فلا يصح لو قال انا ضامن

ان اذن لی فلان أو ان لم یف المدیون دینه, نعم لا یعتبر ذلک فی الضمان بالمعنی الثانی لو کان الضمان بصیغه انا ضامن ان لم یف المدیون دینه و ثبوت الدین فی ذمه المضمون عنه فلا یصح اقرض فلانا و انا ضامن, نعم یصح ذلک فی الضمان بمعناه الثانی. و یشترط تعیّن الدین و المضمون له و المضمون عنه، بمعنی عدم تردده، فلا یصح ضمان أحد الدینین و لو لشخص معین علی شخص معین، و لا ضمان دین أحد الشخصین و لو لواحد معین، و لا یعتبر العلم بوصف و نسب المضمون عنه و المضمون له .

(کتاب الحواله)

اشاره

(و هی التعهّد بالمال من المشغول بمثله للمحیل، و یشترط فیها رضی الثلاثه) علی خلاف سیأتی بیانه .

و الفرق بینها و بین الضمان- المتضمن أیضا لنقل ما فی ذمه إلی ذمه اخری- ان الحواله معامله بین المدین و الدائن، حیث ینقل الاول ما فی ذمته إلی ذمه غیره بخلاف الضمان، فانه معامله بین الدائن و الاجنبی، حیث ینقل الثانی ما فی ذمه المدین إلی ذمته.

ولاریب فی مشروعیتها بدلیل السیره العقلائیه الممضاه بعدم الردع، و بعموم قوله تعالی: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}(۱) و بالروایات الخاصه، کصحیحه ابی أیوب عن ابی عبد

۱- المائده: ۱

اللّه (علیه السلام): «الرجل یحیل الرجل بالمال أ یرجع علیه؟ قال: لا یرجع علیه أبدا الا ان یکون قد أفلس قبل ذلک»(۱)و المراد: أ یرجع المحال علی المحیل؟ قال: لا، الا اذا اتضح ان المحال علیه کان قد حصل له الفلس قبل الحواله. هذا هو المقصود و ان کان تعبیر الصحیحه قد یوهم کون المقصود: الا ان یکون المحیل قد افلس قبل ذلک، و لکنه غیر مقصود جزما لعدم مدخلیه افلاس المحیل فی جواز الرجوع علیه. هذا مضافا الی ان الاصحاب لم یفهموا الا ما اشرنا الیه. و غیرها.

و هی عقد لا ایقاع و ذلک لتضمنها تصرفا فی مال المحتال الذی هو تحت سلطانه و فی ذمه المحال علیه التی هی تحت سلطانه فیلزم قبولهما، و لا یکفی إنشاء المحیل فقط لتکون ایقاعا.

لکن قیل کونها من الایقاع غایه الامر اعتبار الرضا من المحتال أو منه و من المحال علیه، و مجرد هذا لا یصیّره عقدا، و ذلک لأنها نوع من وفاء الدین و ان کانت توجب انتقال الدین من ذمته إلی ذمه المحال علیه، فهذا النقل و الانتقال نوع من الوفاء و هو لا یکون عقدا و ان احتاج إلی الرضا من الآخر، کما فی الوفاء بغیر الجنس، فانه یعتبر فیه رضا الدائن و مع ذلک ایقاع.

وفیه: ان الحواله تتضمن نقلا للدین من ذمه إلی اخری فکیف تکون وفاء, و مع التنزل و التسلیم بکونها کالوفاء بغیر الجنس فذلک لا یوجب کونها ایقاعا لان

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۵۸ الباب ۱۱ من أبواب أحکام الضمان الحدیث ۱

كون المقيس عليه من قبيل الايقاع اول الكلام بل هو عقد لكونه معاوضه بين الدين و الجنس الآخر.

ثم انه لا دليل على اشتراط رضى المحال عليه و هو المفهوم من الشّيخين فى المقنعه و النهايه، و لم يذكره الدّيلمىّ و إنّما قال المبسوط: «و للإنسان أن يوكّل من شاء فى قبض ماله، و فى الحواله و كّل غريمه..» و تبعه الحلىّ و ابن حمزه، و ابن زهره، و الحلبىّ(۱) .

قلت: و لا دلاله فيها على اشتراط رضى المحال عليه و لذا فهى متقوّمه بالمحيل و المحتال فقط.

شرائط الحواله

يلزم فى صحه الحواله توفر:

۱- الايجاب من المحيل و القبول من المحتال بكل ما يدل عليهما وذلك لأنها عقد.

و اما الاكتفاء بكل ما يدل على الايجاب و القبول فقد تقدم وجهه عند البحث عن الضمان و غيره.

۱- النجعه فى شرح اللمعه؛ ج ۸ ص: ۶۸

٢- البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو سفه فى المحيل و المحتال الّا فى الحواله على البرى ء فلا يعتبر عدم الحجر فى المحيل.

اما اعتبار البلوغ و ما بعده فى المحيل و المحال فلاجل ان نقل الدين و التصرف فيه قائم بهما فيلزم فيهما ما ذكر.

و اما المحال عليه فلا يعتبر فيه شى ء من ذلک الا إذا كانت الحواله على البرى ء أو بغير الجنس .

اما انه فى الحواله على البرى ء لا يلزم عدم الحجر فى المحيل فلانه لا يملک شيئا فى ذمه المحال عليه ليمنع من التصرف فيه بل ما يصدر منه هو اشغال لذمه الغير بما ثبت فى ذمته هو.

اجل يعتبر فيه البلوغ و العقل و الاختيار لعدم الاثر لعقد الصغير و المجنون و المكره كما تقدم فى كتاب البيع .

و اما ان المحال عليه لا يعتبر فيه شى ء من ذلک فلوضوح ان لمن يملک المال فى ذمه الصغير و المجنون و من لم يرض بالحواله، الحقَ فى تمليكه لغيره و نقله إليه بالرغم من فرض الصغر و الجنون و عدم الرضا.

و اما اعتبار ذلک فيه إذا كان برى ء الذمه أو كانت الحواله بغير الجنس فلانه بالحواله يحصل تصرف فى ذمته فلا بدّ من بلوغه و عقله و اختياره و عدم سفهه.

هـذا و منع المبسوط الحواله بغير الجنس و تبعه القاضـى و ابن حمزه و جوّزه المختلف بشـترط رضـى المحـال عليه وهو الاـقوى ويشـهد له مضافا لما تقدم صـحيح داود بن سرحان، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجل كانت له عند رجل دنانير فأحال له على رجل آخر بـدنانير فيأخذ بها دراهم أ يجوز ذلك؟ قال: نعم»(۱). ووجه الدّلاله أنّه إذا جاز أخذ الدّراهم بدل الدّنانير من المحال عليه برضاه، جازت الحواله كذلك.

اجل لا يعتبر عدم فلسه إذا كان برى ء الذمه لجواز اشغال المفلس ذمته بخلاف السفيه فانه ليس له اشغال ذمته بدون اذن وليه.

(ف) اذا صحت الحواله (يتحول فيها المال من ذمه إلى ذمه كالضمان)

و به قال الحليّ مطلقا، و شـرط الإسـكافىّ و الشـيخان و الحلبيّ و القاضـى و ابن حمزه إبراء المحتال للمحيل استنادا الى صحيحه زراره «عن أحـدهما عليهمـا السّـلام فى الرّجـل يحيـل الرّجـل بمـال كان له على رجل آخر فيقول له الـذى احتال: برئت ممّا لى عليك؟ قال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، و إن لم يبرأه فله أن يرجع على الذى أحاله»(۲).

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۹۹ح۳
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۱۰۴ح۲

أقول: و هی وان کانت معتبره سنداً و واضحه دلاله، إلّا أنها معارضه بما دلّ علی عدم الاعتبار کصحیحه منصور بن حازم، عن الصّادق (علیه السلام) سألته عن الرّجل یحیل علی الرّجل الدّراهم أ یرجع علیه، قال: لا یرجع أبدا إلّا أن یکون قد أفلس قبل ذلک»(۱) وصحیحه أبی أیوب أنه سأل أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن الرجل یحیل الرجل بالمال، أ یرجع علیه؟ قال: «لا یرجع علیه أبداً إلّا أن یکون قد أفلس قبل ذلک»(۲).

و روایه عقبه بن جعفر عن أبی الحسن (علیه السلام)، قال: سألته عن الرجل یحیل الرجل بالمال علی الصیرفی ثمّ یتغیر حال الصیرفی، أ یرجع علی صاحبه إذا احتال و رضی؟ قال: «لا»(۳).

و العمده فی المعارضه هی الصحیحتان الأُولیان و إلّا فالروایه الأخیره لا تعدو کونها مؤیده لضعف سندها حیث دلّتا علی انحصار حق الرجوع علی المحیل بفرض الإفلاس کما یظهر ذلک من قوله (علیه السلام): «أبداً» فتتعارضان مع صحیحه زراره الدالّه صریحاً علی جواز الرجوع قبل الإبراء. و عندئذٍ یکون التقدّم معهما، لرجحانهما علیهما بموافقتهما للکتاب العزیز، حیث إنّ مقتضی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۱۰۴ح۴

۲- الوسائل، ج ۱۸ کتاب الضمان، ب ۱۱ ح ۱

۳- الوسائل، ج ۱۸ کتاب الضمان، ب ۱۱ ح ۴

عمومات الوفاء بالعقود الحكم باللّزوم و عدم جواز رجوع المحتال على المحيل ثانياً .

و لا يجب قبولها على الملی ء

(و لا يجب قبولها على الملی ء)

لعدم الدّليل على وجوبه و لأنّ حقّه عند المحيل فلا ينتقل عنه إلّا برضاه .

و اما قول الشهيد الثانی: «و ما ورد من الأمر بقبولها على الملی ء على تقدير صحّته محمول على الاستحباب» فلعلّه أراد به من طريق العامّه.

(و لو ظهر إعساره فسخ المحتال)

و يدلّ عليه صحيحا منصور بن حازم و أبی أيّوب المتقدّمان انفاً و لا يعارضهما خبر عقبه بن جعفر المتقدّم ثمّه لضعفه سندا و يمكن حمله على علمه بإعساره و رضاه .

و يصحّ ترامی الحواله و دورها

(و يصحّ ترامی الحواله و دورها و كذا الضمان و الحواله بغير جنس الحقّ)

أمّا ترامی الحواله و دورها فذلك لإطلاق أدله مشروعيتها وجوّزهما المبسوط .

ص:١٠١

و أمّا ترامى الضـمان و دوره فمنعه المبسوط لصـيروره الأصل فرعا و بالعكس، و لعـدم فائـده فيه، و جوّزه المختلف لعـدم مانعيّه صيروره الأصل فرعا و بالعكس، و فرض الفائده بجواز ضمان الحالّ مؤجّلا و بالعكس. قلت: و هو الاقوى لاطلاق الادله.

(و تصحّ الحواله بدين عليه لواحد على دين للمحيل على اثنين متكافلين)

الأصـل فى عنوان المسـأله المبسوط حيث قـال: «و لو كـان له على رجلين ألف و لرجـل عليه ألف فأحاله بها على الرّجلين و قبل الحواله كـان جـائزا، فـإن كـان كلّ منهما ضامنا على صاحبه و أحاله عليهما لم تصـحّ الحواله لأنّه يسـتفيد بها مطالبه الاثنين كلّ واحـد منهمـا بالألف. و هـذا زياده فى حقّ المطالبه بالحواله و ذلك لا يجوز، و ليس له أن يطالب كلّ واحـد منهما بألف و إنّما يقبض الألف من أحـدهما دون الآخر. و قيل: إنّه يجوز له أن يطالب كلّ واحـد منهما بألف فإذا أخـذه برء الآخر و هذا أقرب» و ما قرّبه أخيرا هو الصواب.

و لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع لإنكاره الدين

(و لو أدى المحـال عليه فطلب الرجوع لإنكـاره الـدين و ادعاه المحيل تعارض الأصل و الظاهر، و الأول أرجـح فيحلف) المحال عليه (و يرجع) عليه (سواء كان بلفظ الحواله أو الضمان)

ص:۱۰۲

أقول: لا شک فی تقدم الظاهر علی الاصل و ذلک لحجیه الظهور و تقدمه علیه کما هو محرر فی علم الاصول فانه لو قال: (أحلتک علی فلان) و قال: (قبلت) ثمّ انکر المحال علیه الدین فإنّ مفهوم الحواله مأخوذ من الإحاله و التحویل، و هما فی اللغه بمعنی النقل من مکان إلی مکان أو حال إلی حال أو زمان إلی زمان، کما هو الحال فی تحویل السنه. فالنقل دخیل فی المبدأ و جمیع اشتقاقاته و مأخوذ فی مفهومها.

و ما عن الشهید الثانی قدس سره من دعوی تضمّن الوکاله لنقل حقّ مطالبه الدَّین الثابت للدّائن إلی الوکیل واضح الفساد، إذ الوکاله لا تقتضی انتقال حقّ الموکل فی المطالبه إلی الوکیل بحیث یمنع هو من المطالبه بدینه، فإنّ غایه ما فی الأمر إعطاء الموکل حقّا للوکیل فی مقابل حقّه نفسه، بحیث یکون لکل منهما المطالبه بالدَّین.

۳- ومن جمله شرائط الحواله التنجیز کما هو المشهور و قد تقدم الکلام حوله فی کتاب البیع(۱) .

۴- ومن جمله شرائط الحواله ثبوت الدین فی ذمه المحیل فلا یصح فی غیر الثابت و لو مع تحقق سببه، کمال الجعاله قبل العمل فضلا عما إذا لم یتحقق سببه، کالحواله بما سیقترضه وذلک لان الحواله نقل من المحیل الدین الثابت فی ذمته الی ذمه اخری، و المعدوم لا یقبل النقل.

۱- الدرر الفقهیه ج ۱۰ ص ۲۰

۵- ومن جمله شرائط الحواله عدم تردد المال المحال فلا تصح الحواله بأحد الدينين من دون تعيين وذلك لان المردد لا تحقق له ليمكن نقله من ذمه الی اخری.

من أحكام الحواله

۱- الحواله لازمه لا یجوز فسخها بدون التراضی الّا إذا اتضح کونها علی مفلس و ذلک لأصاله اللزوم فی کل عقد. مضافا إلی دلاله صحیحه ابی ایوب المتقدمه علیه . و اما استثناء الحواله علی المفلس فللصحیحه نفسها.

۲- هذا و یجوز اشتراط الفسخ لکل واحد من الثلاثه وذلک لان الحواله و ان کانت لازمه الّا ان لزومها لیس حکمیا بل حقی، و معه فیمکن التمسک بعموم قوله (علیه السلام): «المسلمون عند شروطهم»(۱).

۳- و إذا قضی المحیل الدین بعد تمامیه الحواله تبرأ بذلک ذمه المحال علیه و جاز للمحیل الرجوع علیه ان کان ذلک بطلب منه اما براءه ذمه المحال علیه بقضاء المحیل للدین مع جواز رجوعه إلیه ان لم یکن تبرعا فلانه کقضاء شخص اجنبی آخر الدین الذی حکمه براءه ذمه المدین و جواز رجوع الاجنبی علیه ان لم یکن ذلک تبرعا، و واضح ان المحیل بعد تحقق الحواله یصبح أجنبیا لبراءه ذمته.

۱- وسائل الشیعه ۱۲: ۳۵۳ الباب ۶ من أبواب الخیار الحدیث ۲

حصيله البحث:

يشترط فى الحواله رضاء المحيل و المحتال و لا يشترط فيها رضا المحال عليه فيتحوّل فيها المال كالضّمان و يشترط فيها الايجاب من المحيل و القبول من المحتال بكل ما يدل عليهما و البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لفلس أو سفه فى المحيل و المحتال الّا فى الحواله على البرى ء فلا يعتبر عدم الحجر فى المحيل , و اما المحال عليه فلا يعتبر فيه ذلك الّا إذا كانت الحواله على البرى ء أو بغير الجنس, و لا يجب قبولها على الملى ء، و لو ظهر إعساره فسخ المحتال، و يصحّ ترامى الحواله و دورها، و كذا الضّمان و الحواله بغير جنس الحقّ و كذا الحواله بدينٍ عليه لواحدٍ على دينٍ للمحيل على اثنين متكافلين، و لو أدّى المحال عليه و طلب الرّجوع لإنكار الدّين و ادّعاه المحيل تعارض الأصل و الظّاهر، و القول قول المحيل فيحلف على الاقوى , و يشترط فى الحواله التنجيز و ثبوت الدين فى ذمه المحيل فلا يصح فى غير الثابت و لو مع تحقق سببه، كمال الجعاله قبل العمل فضلا عما إذا لم يتحقق سببه، كالحواله بما سيقترضه و يشترط فيها عدم تردد المال المحال فلا تصح الحواله بأحد الدينين من دون تعيين و الحواله لازمه لا يجوز فسخها بدون التراضى الّا إذا اتضح كونها على مفلس و يجوز اشتراط الفسخ لكل واحد من الثلاثه و إذا قضى المحيل الدين بعد تماميه الحواله تبرأ بذلك ذمه المحال عليه و جاز للمحيل الرجوع عليه ان كان ذلك بطلب منه .

ص:١٠٥

(كتاب الكفاله)

اشاره

(و هی التعهّد بالنفس، و تصحّ حالّه و مؤجله إلی أجل معلوم)

لکن منع المفید و الشیخ فی النهایه و ابن حمزه من الکفاله الحالّه، و هو المفهوم من الدّیلمیّ و هو أحد قولی القاضـی، و ذهب المبسوط إلی جوازها و تبعه الحلیّ و القاضی فی أحد قولیه و هو الصحیح لعموم قوله تعالی {اوفوا بالعقود}.

شرائط الکفاله

یلزم فی صحه الکفاله توفر:

۱- الایجاب من الکفیل و القبول من المکفول بکل ما یدل علیهما وذلک لأنها عقد.

و اما الاکتفاء بکل ما یدل علی الایجاب و القبول فقد تقدم وجهه عند البحث عن الضمان و غیره.

۲- البلوغ و العقل و الاختیار وذلک لعدم الاثر لعقد الصغیر و المجنون و المکره کما تقدم فی کتاب البیع .

ص:۱۰۶

و یبرء الکفیل بتسلیمه تامّا عند الأجل

(و یبرء الکفیل بتسلیمه تامّا عند الأجل أو فی الحلول)

لأنّه أدّی ما کان واجبا علیه و أمّا لو أحضره فی المؤجّل قبل الأجل؟ ففی المبسوط و تبعه القاضی لزم تسلّمه إن لم یکن علیه ضرر. قلت: ویرده انها لازمه من الطرفین لا یجوز فسخها بدون التراضی و ذلک لأصاله اللزوم فی العقود.

(و لو امتنع) الکفیل (فللمستحق طلب حبسه حتی یحضره أو یؤدی ما علیه)

کما فی موثق عمّار عن الصّادق (علیه السلام): «اتی أمیر المؤمنین (علیه السلام) برجل تکفّل بنفس رجل فحبسه فقال: اطلب صاحبک»(۱) و المراد من عمّار هو ابن مروان الیشکری .

و لو علق الکفاله بشرط أو صفه بطلت

(و لو علق الکفاله بشرط أو صفه بطلت)

و ذلک لاعتبار التنجیز فیها کما هو المشهور وقد تقدم الکلام حوله فی کتاب البیع(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۱۰۵ح۶

۲- الدرر الفقهیه ج۱۰ ص۲۰

(و كذا الضمان و الحواله).

و فى المبسوط «إذا قـال: كفّلت ببـدن فلانـ على أن يبرء فلانـ الوكيـل- أو- على أن يبرءه من الكفـاله لاـ تصحّ الكفاله» الا ان العلامه قال المختلف: «هو شـرط سائغ فيصحّ» استناداً الى عموم المسـلمين عند شـروطهم و يرده ان الشرط انما يصح بعد الفراغ عن صحه العقد و الكلام بعدُ فى صحته.

(نعم لو قـال ان لم أحضـره الى كـذا كـان على كـذا صـحت الكفـاله أبـدا و لا يلزمه المال المشـروط، و لو قال على كـذا ان لم أحضره، لزمه ما شرطه من المال ان لم يحضره)

و أمّا الفرق فى الكفـاله بين العبـارتين فى لزوم المـال و عـدمه فيـدل عليه موثق ابـان عن أبى العبّاس: «قلت لأبى عبـد اللّه (عليه السـلام): رجـل كفّـل لرجـل بنفس رجـل فقـال:إن جئت به و إلّا عليـك خمسـمائه درهم، قـال: عليه نفسه و لا شـى ء عليه من الـدّراهم، فإن قال: «علىّ خمسـمائه درهم إن لم أدفعه إليك» قال: تلزمه الـدّراهم إن لم يـدفعه إليه»(1) و المراد من ابى العبـاس الفضـل بن عبـد الملك, و رواه الفقيه عن داود بن الحصـين عن أبى العبّاس، عن أبى عبـد اللّه (عليه السـلام): «سألته عن الرّجل يتكفّـل بنفس الرّجـل إلى أجـل فـان لم يأت به فعليه كـذا و كـذا درهما؟ قال: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال و هو كفيل بنفسه أبدا إلّا أن يبدء بالدّراهم فإن بدء

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۱۰۴ح۳

بالدّراهم فهو لها ضامن إن لم يأت به إلى الأجل الذى أجّله»(١). و لفظهما وان كان مختلفا الّا ان الظاهر اتّحادهما وظاهر الكافى و الفقيه العمل بهما و بهما أفتى الشيخ فى النهايه و تبعه القاضـى و ابن حمزه و كذا الحلّى، و تصرّف الإسكافىّ فيهما فقال: «إذا قـال الكفيـل لصـاحب الحقّ: مالـك على فلان فهو علىّ دونه إلى يوم كـذا و أنـا كفيـل لك بنفسه» صـحّ الضـمان على الكفيل بـالنفس و بالمـال إن لم يؤدّ المطلوب إلى الطـالب إلى ذلـك الأجـل، سواء قال له عنـد الضـمان:«إن لم يأتك به» أو لم يقل له ذلك، فإن قـدّم الكفاله بالنفس و قال: «أنا كفيل لك بنفس فلان إلى يوم كـذا، فإن جاء بمالك عليه و هو ألف درهم و إلّا فأنا ضـامن للألـف» صـحّت الكفاله بالنفس و بطل الضـمان للمال لأنّ ذلك كالقمار و المخاطره و هو كقولك «إن طلعت الشّـمس غدا فمالك على فلان غريمك- و هو ألف درهم- علىّ». و الذى قد أجمع عليه أنّ الضمان كذلك باطل» فإنّ الظاهر أنّ كلامه إشاره إلى معنى الخبرين وتعليله كما ترى.

أقول: ولا مانع من العمل بظاهر الموثق تعبدا .

و تحصل الكفاله بإطلاق الغريم

(و تحصل الكفاله بإطلاق الغريم من المستحق قهرا، فلو كان قاتلا لزمه إحضاره أو الديه)

١- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٩٦ح۴

کما ورد ذلک فی صحیح حریز، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل قتل رجلا عمدا فرفع إلی الوالی فدفعه الوالی إلی أولیاء المقتول لیقتلوه فوثب علیهم قوم فخلّصوا القاتل من أیدی الأولیاء، فقال: أری أن یحبس الّذین خلّصوا القاتل من أیدی الأولیاء حتّی یأتوا بالقاتل، قیل: فإن مات القاتل و هم فی السجن، قال: فإن مات فعلیهم الدّیه یؤدّونها جمیعا إلی أولیاء المقتول»(۱).

و لو غاب المکفول أنظر الکفیل بعد الحلول بمقدار الذهاب الیه

(و لو غاب المکفول أنظر الکفیل بعد الحلول بمقدار الذهاب الیه و الإیاب فإن مضت و لم یحضره حبس)

لو اقتضی عقد الکفاله الانصراف الی ذلک و الّا حبس .

و ینصرف الإطلاق إلی التسلیم فی موضع العقد

(و ینصرف الإطلاق إلی التسلیم فی موضع العقد و لو عین غیره لزم)

و لو کانا فی سفر و کانا من بلد و أطلقا ینصرف إلی بلدهما، و لو کانا من بلدین ینصرف إلی بلد المکفول له، و ذهب ابن حمزه إلی أنّه مع الإطلاق یلزمه التسلیم فی دار الحاکم أو موضع لا یقدر علی الامتناع ولاشاهد له .

ص:۱۱۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)؛ ج ۷، ص: ۲۸۷؛ باب الرجل یخلص من وجب علیه القود.

هذا، إذا أطلقا و أمّا لو عيّنا غيره ففى المبسوط و تبعه القاضى على أنّه لو سلّمه فى موضع آخر و لم يكن على المكفول له ضرر و لا مؤونه فى حمله إلى ذاك الموضع لا يلزم الكفيل بل يجب على المكفول له القبول.

وفيه: انه يجب الوفاء بالعقد كما هو .

و لو قال الكفيل لا حقّ لک

(و لو قال الكفيل لا حقّ لك) على المكفول، فالقول قول المكفول له و (حلف المستحق)

و لزمه إحضاره كما تقتضيه القواعد، فإنّ قوله أخيرا بعد كفالته أوّلا كالإنكار بعد الإقرار لا يقبل منه .

(و كذا لو قال أبرأته) أو اوفاكه فإنّ الكفيل فى الفرض مدّع يجب عليه البيّنه و مع عدمها يحلف المكفول له و تسقط دعوى الكفيل.

(فلو لم يحلف ورد اليمين عليه فحلف برء من الكفاله و المال بحاله)

فى عهده المكفول لأنّه فى هذا الفرض تبطل الكفاله فقط من الكفيل، و أمّا المكفول له فكما لم يكن له كفيل فلا يبرأ المكفول من المال، لاختلاف الدعويين وهما دعوى الكفيل زوال الكفاله و المكفول له يدعى بقاءها. و دعوى المكفول براءه ذمته من الحق، و لأن المكفول لا يبرأ بيمين غيره.

ص:۱۱۱

و لو تكفّل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما

(و لو بواحد كفى تسليم أحدهما)

لأنّه بتسليم أحدهما ينتفى الموضوع بالنسبه إلى الآخر، هذا و قال المبسوط بعدم الكفاله و تبعه القاضى و ابن حمزه .

و لو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما

(و لو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما)

معاً عملاـ باصاله الظهور وقيل: إذا شرطا اجتماعهما فى القبض و إلّا فلا يلزم التسليم إليهما معا بل يكفى متفرّدا إلى كلّ منهما حسب . و هو كما ترى .

و يصحّ التعبير بالبدن و الرأس و الوجه دون اليد و الرجل

(و يصحّ التعبير بالبدن و الرأس و الوجه دون اليد و الرجل)

أقول: لادليل على اشتراط كون الصيغه من الالفاظ الصريحه بل يكفى فيها الظهور العرفى و فهمهم منه المراد و لو بالقرائن الحاليّه أو المقاليّه لانه بذلك يتحقق العقد فيشمله عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُود}(١) نعم لاـ تصح الالفاظ التى لا ظهور لها والتعبير الوارد حول الكفاله فى الأخبار بالنفس كما فى صحيح عمّار

١- المائده: ١

بن مروان «أتى أمير المؤمنين (عليه السلام) برجل قد تكفّل بنفس رجل» و موثق أبى العبّاس «رجل كفّل لرجل بنفس رجل» و غيرهما .

و أمّا التعبير بالبدن فالظاهر كفايته عرفا و به عبّر المبسوط فى مواضع جاعلا له فى مقابل كفاله المال الّتى هى الضمان و نقل فى المسأله الخلاف فى صحّته و عدمها، و استدلّ هو لصحّته بقوله تعالى {لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ} و قوله تعالى {فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ} لكنّه كما ترى ففيهما عبّر عن كلّ الإنسان، و لا ريب فى جوازه .

و أمّا الرأس فقال فى المبسوط أيضا «إذا تكفّل برأس فلان، قال قوم: تصحّ الكفاله لأنّ تسليم الرأس لا يمكن إلّا بتسليم جميع البدن فكان ذلك كفاله بجميع البدن» قلت: و الرّقبه أولى فى التعبير عن الكلّ من الرأس قال تعالى {فَتَحْرِيرُ رَقَبَه}.

و أمّا الوجه فلم يذكره المبسوط و الوجه يستعمل فى جاه الشّخص و عزّه، و فى الدّعاء «أسألك بوجهك الكريم». قلت: ان كفى عرفا فهو والا فلا .

و أمّا اليد و الرّجل ففى المبسوط أيضا «و إن تكفّل بيده أو بعضو يبقى بعد قطعه فهل يجوز؟ قيل: و جهان: أحدهما لا يجوز لأنّه قد يقطع منه فيبرء مع بقائه، و الثانى يجوز لأنّ تسليم العضو لا يمكن إلّا بتسليم الجمله» . قلت: ان كفى عرفا فهو والا فلا .

ص:۱۱۳

(و إذا مات المكفول بطلت) لفوات متعلقها و هو النفس .

(إلّا فى الشّهاده على عينه) بان قال الشاهد هذا هو الذى اتلف مال المكفول له . (بالإتلاف أو المعامله) فيجب احضاره مع الامكان عملا باطلاق الكفاله .

حصيله البحث:

تصحّ الكفاله حالّه و مؤجّله إلى أجلٍ معلوم و يشترط فيها الايجاب من الكفيل و القبول من المكفول بكل ما يدل عليهما و البلوغ و العقل و الاختيار، و يبرأ الكفيل بتسليمه تامّاً عند الأجل أو فى الحلول، و لو امتنع فللمستحقّ حبسه حتّى يحضره أو يؤدّى ما عليه، و لو أحضره فى المؤجّل قبل الأجل لم يلزم تسلّمه , و لو علّق الكفاله بطلت، و كذا الضّمان و الحواله، نعم لو قال: إن لم أحضره إلى كذا كان علىّ كذا، صحّت الكفاله أبداً و لا يلزمه المال المشروط. و لو قال: علىّ كذا إن لم أحضره، لزمه ما شرط من المال إن لم يحضره .

و تحصيل الكفاله بإطلاق الغريم من المستحق قهراً، فلو كان قاتلًا لزمه إحضاره أو الدّيه، و لو غاب المكفول أنظر بعد الحلول بمقدار الذّهاب و الإياب، و ينصرف الإطلاق إلى التّسليم فى موضع العقد و لو عيّن غيره لزم، و لو كانا فى سفر و كانا من بلد و أطلقا ينصرف إلى بلدهما، و لو كانا من بلدين ينصرف إلى بلد المكفول له, و لو قال الكفيل: لا حقّ لك، حلف المستحقّ. و كذا لو قال: أبرأته. فلو لم يحلف و ردّ اليمين عليه برئ من الكفاله و المال بحاله فى عهده المكفول،

و لو تکفّل اثنان بواحدٍ کفی تسلیم أحدهما، و لو تکفّل بواحدٍ لاثنین فلا بدّ من تسلیمه إلیهما.

و یصحّ التّعبیر بالبدن و الرّأس و لایشترط کون الصیغه من الالفاظ الصریحه بل یکفی فیها الظهور العرفی، و إذا مات المکفول بطلت إلّا فی الشّهاده علی عینه بالإتلاف أو المعامله.

(کتاب الصلح)

اشاره

عرف ابن حمزه الصلح فی الوسیله فقال: «الصلح قطع الخصومه بین المتداعیین». و المراد منه هو التسالم علی رفع الخصومه فموضوعه اذن لیس مطلق التسالم علی شیء بل فی ما اذا کان هنالک نزاع او خلاف او جهاله فی حق احد و الدلیل علی ان حقیقه الصلح هی التسالم المذکور فلفهم ذلک منه عرفا.

و اما تعریفه بان الصلح معامله مضمونها التسالم بین شخصین علی تملیک مال أو اسقاط دین أو حق بعوض أو مجانا فتعریف بالاعم ولیس بصحیح وذلک لعدم کون مطلق التراضی عقدا من العقود کما وانه لیس مسوغا لمشروعیه متعلقه والا لصحت کل العقود بدون ما قرره الشارع لها من شروط وقیود بمجرد التراضی فیصح بیع المجهول تحت عنوان الصلح ویصح الربا تحت ذاک العنوان وهکذا و هذا ما لا یقوله احد اذن فلیس الصلح مطلق التسالم علی شیء بل فی ما اذا کان هنالک نزاع او خلاف او جهاله فی حق احد وهذا المعنی هو المفهوم منه عرفا .

و لا ریب فی مشروعیته کما نطق به الـذکر الحکیم قال تعالی: {وَ إِنِ امْرَأَةٌ خٰافَتْ مِنْ بَعْلِهٰا نُشُوزاً أَوْ إِعْرٰاضاً فَلاٰ جُنٰاحَ عَلَیْهِمٰا أَنْ یُصْلِحٰا بَیْنَهُمٰا صُلْحاً وَ الصُّلْحُ خَیْرٌ}(۱) و عموم قوله تعالی: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}(۲).

و یـدل علی ذلـک بوضوح قول الامـام الصـادق (علیه السـلام) فی صـحیح حفص بن البختری: «الصـلح جـائز بین النـاس»(۳) و صحیح الحلبی:«الرجل یکون علیه الشـی ء فیصالح فقال: إذا کان بطیب نفس من صاحبه فلا بأس»(۴) و غیرهما , هذا کله مضافا إلی انعقاد السیره العقلائیه الممضاه علیه.

و هو جائز مع الإقرار و الإنکار

(و هو جائز)

الجواز فی کلاـم المصـنّف لیس الجواز اصـطلاحی الـذی هو أعمّ من الوجوب و اللّزوم بل اللّغوی الـذی بمعنی النفوذ کما ورد بهذا المعنی فی الاخبار .

(مع الإقرار و الإنکار)

ص:۱۱۶

۱- النساء: ۱۲۸

۲- المائده: ۱

۳- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۶۴ الباب ۳ من أحکام الصلح الحدیث ۱

۴- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۶۶ الباب ۵ من أحکام الصلح الحدیث ۳

لاطلاق صحيح حفص بن البختری، عن الصّادق (علیه السلام): «الصلح جائز بین النّاس»(۱) وغیره .

شرائط الصلح

(إلّا ما أحل حراما أو حرم حلالا)

یلزم فی تحقق الصلح توفر:

۱- ان لا یکون مستلزما لتحلیل محرم أو بالعکس وذلک لموثقه اسحاق بن عمار عن الامام الصادق (علیه السلام) عن أبیه (علیه السلام) ان علی بن ابی طالب (علیه السلام) کان یقول: «من شرط لامرأته شرطا فلیف لها به، فان المسلمین عند شروطهم الّا شرطا حرّم حلالا أو أحلّ حراما»(۲) فانه ان لم یفهم من الشرط ما یشمل مطلق المعامله فبالامکان التعدی من باب تنقیح المناط و الغاء الخصوصیه.

و فی مرسله الشیخ الصدوق قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله: «البینه علی المدعی و الیمین علی المدعی علیه. و الصلح جائز بین المسلمین الا صلحا أحلّ حراما أو حرّم حلالا»(۳).

ص:۱۱۷

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۶۴ الباب ۳ من أحکام الصلح الحدیث ۱

۲- وسائل الشیعه ۱۲: ۳۵۴ الباب ۶ من أبواب الخیار الحدیث ۵

۳- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۶۴ الباب ۳ من أحکام الصلح الحدیث ۲

و هی حجه بناء علی تمامیه التفصیل فی مراسیل الصدوق بین ما إذا کانت بلسان روی فلا تکون حجه و بین ما إذا کانت بلسان قال فتکون حجه لکونها من الاخبار الموثوق بها، فانه بناء علی هذا تکون حجه لأنها بلسان قال .

فیلزم بالإیجاب و القبول الصادرین من الکامل

(فیلزم بالإیجاب و القبول)

٢- ومن جمله شرائط الصلح الایجاب و القبول مطلقا حتی إذا کان مفیدا للإبراء. و یکفی فیهما کل ما یدل علیهما.

اما اعتبار الایجاب و القبول فی الصلح فلکونه عقدا.

و اما ان ذلک معتبر فیه حتی إذا أفاد فائده الابراء فلان ذلک مقتضی کونه عقدا مستقلا.

و اما انه یکفی کل ما یدل علی الایجاب و القبول فلأنه بذلک یصدق عنوان الصلح فتشمله الاطلاقات العامه و الخاصه.

منها صحیح محمّد بن مسلم، عن أحدهما علیهما السّلام: «أنّه قال فی رجلین کان لکلّ واحد منهما طعام عند صاحبه و لا یدری کلّ واحد منهما کم له عند صاحبه، فقال کلّ واحد منهما لصاحبه: لک ما عندک و لی ما عندی» قال: لا بأس

ص:١١٨

بذلک إذا تراضیا و طابت أنفسهما»(۱)، و هو دلیل علی أنّ الإیجاب و القبول قول کلّ منهما لصاحبه: «لک ما عندک و لی ما عندی».

(الصادرین من الکامل)

۳- و من جمله شرائط الصلح البلوغ و العقل و القصد و الاختیار فی المتصالحین. و هکذا عدم الحجر لفلس أو سفه فی ما اذا اقتضت المصالحه التصرف فی ماله. و اعتبار البلوغ و ما بعده لکون ذلک من الشرائط العامه.

احکام الصلح

۱- و اما قول المصنف یلزم بعد الایجاب و القبول فلأصاله اللزوم فی کل عقد التی تقدم الکلام عنها و سیأتی ایضا فی کتاب المضاربه.

۲- و لانه عقد لازم فلا ینفسخ الّا بالاقاله أو بفسخ من جعل له حق الفسخ منهما اثناءه و ذلک لان لزوم الصلح حقی لا حکمی.

۳- ثم ان الجهاله تغتفر فی الصلح حتی مع امکان معرفه المصالح علیه بشکل تام و من دون مشقه. خلافا للمنسوب إلی الشافعی من اعتبار العلم فی المصالح علیه و المصالح به (۲) و ذلک لإطلاق صحیح حفص و صحیح الحلبی السابقین.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)؛ ج ۵، ص: ۲۵۸؛ باب الصلح.

۲- جواهر الکلام ۲۶: ۲۱۸

و مع التنزل و افتراض نظرهما إلى أصل التشريع دون الخصوصيات يمكن التمسک بصحيح محمد بن مسلم عن ابى جعفر (عليه السلام): «فى رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدرى كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك ولى ما عندى فقال: لا بأس بذلك إذا تراضيا و طابت أنفسهما»(۱).

و احتمال ان الحديث ناظر الى الابراء دون الصلح مدفوع بان ظاهره المعاوضه التى لا مجال لها الا فى الصلح.

۴- هذا و فى جواز التصالح على الجنس الربوى بمماثله مع التفاضل خلاف لاجل دلاله الاخبار الداله على اعتبار المماثله، فانه قد يدعى انصرافها إلى خصوص البيع فيلزم اختصاص التحريم به و قد ينكر ذلک و يتمسک باطلاقها فيلزم تعميم التحريم للصلح أيضا.

و من تلك الاخبار صحيحه محمد بن مسلم و زراره عن ابى جعفر (عليه السلام): «الحنطه بالدقيق مثلا بمثل، و السويق بالسويق مثلا بمثل، و الشعير بالحنطه مثلا بمثل لا بأس به»(۲).

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۱۶۶ الباب ۵ من أحكام الصلح الحديث ۱

۲- وسائل الشيعه ۱۲: ۴۴۰ الباب ۹ من أبواب الربا الحديث ۲

و صحیحه الحلبی عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «الفضه بالفضه مثلا بمثل، و الذهب بالذهب مثلا بمثل لیس فیه زیاده و لا نقصان»(۱).

و صحیحه الولید بن صبیح: «سمعت ابا عبد اللّه (علیه السلام): الذهب بالذهب، و الفضه بالفضه الفضل بینهما هو الربا المنکر هو الربا المنکر»(۲).

أقول: و الصحیح هو التعمیم لوهن دعوی الانصراف.

قیل: لا یبعد التخصیص بما إذا کان الصلح بین العینین- کما لو قیل: صالحتک علی هذا المثقال من الذهب بهذین المثقالین- دون ما إذا کان بین غیرهما- کما لو قیل: صالحتک علی ان اهب لک هذا المثقال من الذهب مقابل ان تهب لی مثقالین من الذهب – لصدق عنوان الفضه بالفضه مثلا فی الاول دونه فی الثانی.

قلت: هذا بیع لا صلح وذلک لان حقیقه الصلح هی التسالم علی امر فی موارد الاختلاف والدعاوی وعلیه فلو تعاوض اثنان تحت عنوان الصلح کما فی المثال المذکور فلا یکون صلحا بل هو بیع فان تملیل العین بالعوض بیع تحت ای عنوان کان و علیه فیثبت الربا فیما قال صاحب القیل .

(و هو أصل فی نفسه)

ص:۱۲۱

۱- وسائل الشیعه ۱۲: ۴۵۶ الباب ۱ من أبواب الصرف الحدیث ۱

۲- وسائل الشیعه ۱۲: ۴۵۷ الباب ۱ من أبواب الصرف الحدیث ۲

الأصـل فى القول بالأصـليّه لأبى حنيفه و بالفرعيّه للشافعىّ و التحقيق أنّه لا يسـتعمل فى مورد البيع و غيره ممّا عـدّوه حتّى يكون أصـلا فى قبالهـا أو فرعـا منهـا فإنّ أخباره المرويّه فى الكتب الثلاثه ليس موردها تلك بل أمور اخرى مرّ بعضـها و يأتى بعضـها الآخر واما القول بان حقيقه الصلح معامله مضمونها التسالم بين شخصين على تمليك مال أو اسقاط دين أو حق بعوض أو مجانا فليس بصحيح و ذلك لعدم كون مطلق التراضى عقدا من العقود كما و انه ليس مسوغا لمشروعيه متعلقه والّا لصحت كل العقود بـدون مـا قرره الشارع لها من شـروط و قيود بمجرد التراضـى فيصـح بيع المجهول تحت عنوان الصـلح و يصـح الربا تحت ذاك العنوان و هكـذا و هـذا مـا لاـ يقوله احـد اذن فليس الصـلح مطلق التسالم على شـىء بل فى ما اذا كان هنالك نزاع او خلاف او جهاله فى حق احـد و هذا المعنى هو المفهوم منه عرفا فإذا كان فى مورد يصحّ فيه البيع فما يسـمى صـلحاً أيضا مثله لأنّه بيع عبّر عنه بالصـلح لعدم اشتراط لفظ مخصوص فى البيع و ليس هو صـلحا حقيقيّا و به قال المبسوط حيث جعله فرع البيع(۱) و هذا هو مراد شيخ الطائفه من كون الصلح بيعا تاره و هبه اخرى و ...

و بـذلك تعرف بطلاـن مـا قيـل: «من انه لا يرجع إلى سائر العقود و ان افاد فائـدتها وان احكام بقيه العقود و شـرائطها لا يمكن تسريتها إليه، فما أفاد فائده البيع لا تلحقه أحكامه من الخيارات الخاصه و اعتبار قبض العوضين فى المجلس إذا

۱- المبسوط ۲: ۲۸۸

تعلق بمعاوضه النقدين، و ما افاد فائده الهبه لا يعتبر فيه قبض العين كما هو معتبر فيها».

و لا يكون طلبه إقرارا

(و لا يكون طلبه إقرارا)

لكونه أعمّ فيمكن أن يكون لإسقاط مشقّه الدّعوى عليه أو لحفظ جاهه.

(و لو اصطلح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقى للأخر ربح أو خسر صح عند انقضاء الشركه)

و إراده فسخها لتكون الزياده مع من هى معه بمنزله الهبه و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء و يشهد لصحه ذلك ما فى صحيح الحلبىّ، عن الصّادق (عليه السلام) «فى رجلين اشتركا فى مال فربحا فيه و كان من المال دين و عليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: «أعطنى رأس المال و لك الرّبح و عليك التوى» فقال: لا بأس إذا اشترطا فإذا كان شرط يخالف كتاب اللّه فهو ردّ إلى كتاب اللّه عزّ و جلّ»(۱).

هذا و لا يخفى ان هذه المسأله لا علاقه لها بالصلح بل هو توافق على القسمه و هى عقد مستقل وتسميتها بالمصالحه فى العرف لا من جهه عقد الصلح بل باعتبار التراضى.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۵۸ح۱

(و لو شرطا بقاءهما على ذلک)

اى الشركه بحيث يكون ما يتجدد من الربح و الخسران لأحدهما دون الآخر. (ففيه نظر)

و ذكر الشهيد الثانى فى وجه النظر: «من مخالفته لوضع الشركه حيث إنّها تقتضى كونهما على حسب رأس المال و من إطلاق الرّوايه بجوازه بعد ظهور الرّبح من غير تقييد بإراده القسمه صريحا فيجوز مع ظهوره أو ظهور الخساره مطلقا، و يمكن أن يكون نظره فى جواز الشرط مطلقا و إن كان فى ابتداء الشركه كما ذهب إليه الشيخ و جماعه زاعمين أنّ إطلاق الرّوايه يدلّ عليه و لعموم المسلمون عند شروطهم و الأقوى المنع و هو مختاره فى الدروس»(۱).

و اجيب: بان شرط الإبقاء على ذلک فى أوّل الشركه أو وسطها خارج عن مورد تلک الأخبار بل قوله (عليه السلام) فى صحيح الحلبى: «فإذا كان شرط يخالف كتاب اللّه فهو ردّ إلى كتاب اللّه عزّ و جلّ» يدلّ على بطلانه، و ما نسبه إلى الشيخ مخالف لما صرّح به فى المبسوطين بأنّه لو شرط الشريكان التساوى فى الربح مع تفاوت المالين و بالعكس بطلت الشركه و إنّما جوّز مثله المرتضى، و بالجمله الشركه مع البقاء على ما قال أوّلا و وسطا بدون الفسخ بلا معنى، و خارج عن موضوع تلک الأخبار.

۱- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج ۱، ص: ۳۷۳

أقول: خروجه عن مورد الاخبار لا يكون دليلا على البطلان بعد شمول عموم وجوب الوفاء له كما و ان شرط الشريكين التساوى فى الربح مع تفاوت المالين و بالعكس ليس مخالفا للكتاب و السنه كيف و قد ورد به النص الصحيح ففى صحيح رفاعه، عن الكاظم (عليه السلام): «سألته عن رجل شارك رجلا فى جاريه له و قال له: إن ربحنا فيها فلك نصف الربح و إن كانت وضيعه فليس عليك شى ء، فقال: لا أرى بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه»(١) و عمل به الكافى و غيره.

حصيله البحث:

حقيقه الصلح التسالم على شيء اذا كان هنالك نزاع او خلاف او جهاله فى حق احد لا مطلق التسالم و هو جائزٌ مع الإقرار و الإنكار إلّا ما أحلّ حراماً أو حرّم حلالًا فيلزم بالإيجاب و القبول الصّادرين من البالغ العاقل مع القصد و الاختيار فى المتصالحين و عدم الحجر لفلس أو سفه فى ما اذا اقتضت المصالحه التصرف فى ماله، و هو أصلٌ فى نفسه و لا يكون طلبه إقراراً. و لو اصطلح الشّريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقى للآخر ربح أو خسر صحّ عند انقضاء الشّركه و إراده فسخها لتكون الزياده مع من هى معه بمنزله الهبه و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء و هو هنا نوع من القسمه و لو شرطا بقاءهما على الشركه بحيث يكون ما يتجدد من الربح و الخسران لأحدهما دون الآخر صح ايضا .

ص:١٢٥

١- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ۵، ص: ٢١٢؛ باب شراء الرقيق.

و يصح الصلح على كل من العين و المنفعه

(و يصح الصلح على كل من العين و المنفعه)

للاطلاقات المتقدمه و يدلّ على العين بالخصوص ما تقدم من صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام «فى رجلين كان لكلّ واحد منهما طعام عند صاحبه و لا يدرى كلّ واحد منهما كم له عند صاحبه، فقال كلّ واحد منهما لصاحبه: لك ما عندك و لى ما عندى؟ قال: لا بأس بذلك- الخبر».

و استشهد للصلح على المنفعه بالخصوص بصحيحه الحلبىّ، عن الصّادق (عليه السلام) «فى الرّجل يعطى أقفزه من حنطه معلومه يطحنون بالدّراهم، فلمّا فرغ الطحّان من طحنه نقده الدّراهم و قفيزا منه و هو شى ء قد اصطلحوا عليه فى ما بينهم، قال: لا بأس به و إن لم يكن ساعره على ذلك»(1) بتقريب أن يعطيه بعض الدراهم المقرره و قدرا من الدقيق عوضا عن بعضها على وجه الصلح . الا انه لا يخفى ان هذه الصحيحه لاربط لها بالصلح ايضا بل هى تدل على توافقهما على معاوضه جديده باعطاء مقدرا من الدقيق عوضا عن بعض الدراهم فهى فى الحقيقه بيع وتسميتها بالمصالحه فى العرف لا من جهه عقد الصلح بل باعتبار التراضى.

ص:126

1- من لا يحضره الفقيه، ج 3، ص: 34ح5

و لو ظهر استحقاق العوض المعين بطل الصلح

(و لو ظهر استحقاق العوض المعين بطل الصلح)

لوقوعه على المعيّن، و المعيّن ليس لمن صالح عليه.

(و لا يعتبر فى الصلح على النّقدين القبض فى المجلس)

أقول: إذا كان فى مورد يصحّ فيه البيع فما يسمى صلحاً أيضا مثله لأنّه بيع عبّر عنه بالصلح لعدم اشتراط لفظ مخصوص فى البيع و ليس هو صلحا حقيقيّا و به قال المبسوط حيث جعله فرع البيع(۱) و مثله الإسكافى(۲).

حصيله البحث:

و يصحّ الصّلح على كلٍّ من العين و المنفعه بمثله و جنسه و مخالفه، و لو ظهر استحقاق العوض المعيّن بطل الصّلح، و يعتبر فى الصّلح على النّقدين القبض فى المجلس .

ص:۱۲۷

۱- المبسوط ۲: ۲۸۸

۲- إلّا أنّه جوّز صلح ألف درهم و مائه دينار بألف درهم. وهو غريب منه.

لو أتلف عليه ثوبا يساوى درهمين فصالح على أكثر أو أقل

(و لو أتلف عليه ثوبا يساوى درهمين فصالح على أكثر أو أقل فالمشهور الصحّه)

الأصل فيه أنّ الخلاف قال: «إذا أتلف رجل على غيره ثوبا يساوى دينارا و صالحه على دينارين لم يصحّ ذلك و به قال الشافعيّ، و قال أبو حنيفه:يجوز، دليلنا: أنّه إذا أتلف عليه الثوب وجبت فى ذمّته قيمته و القيمه دينار فلو أجزنا أن يصالحه على أكثر كان بيعا للدّينار بأكثر و ذلك ربا لا يجوز» قلت: على القول بضمان القيمى بقيمته ليست القيمه الدّرهمين حتّى يلزم ما ذكر بل أعمّ من الدّراهم و الدّنانير فالصحيح ما عليه المشهور.

لو صالح منكر الدار على سكنى المدعى

(و لو صالح منكر الدار على سكنى المدعى فيها سنه صح, و لو أقرّ بها ثم صالحه على سكنى المقر صح أيضا و لا رجوع، و على القول بفرعيّه العاريه الرّجوع)

و قال الشّهيد الثانى: «و لا رجوع فى الصورتين لما تقدّم من أنّه عقد لازم و ليس فرعا على غيره و على القول بفرعيّته العاريه له الرّجوع فى الصورتين لأنّ متعلّقه المنفعه بغير عوض فيهما» .

أقول: تفريع الرّجوع و عدمه على أصليّه الصلح و فرعيّته إنّما هو فى الصوره الثانيه حيث إنّه لما أقرّ المدّعى عليه كان الصلح على المنفعه بلا عوض، و أمّا فى

الصوره الأولى فالصلح فى مقابل حقّ الدّعوى ظاهرا، فلا تفريع لها، و لم يذكر المختلف النزاع إلّا فى الأولى فنقل عن المبسوط جواز الرّجوع فيه لتفريعه على العاريه و اختار هو عدمه لأصالته عنده، و التحقيق أنّ الثانيه عين العاريه عبّر عنها بالصلح و إنّما الأولى من الصلح الذى ورد «الصلح جائز بين المسلمين» و حينئذ لا رجوع فيه ظاهرا و إن كان له الرّجوع إن كانت الدّعوى باطله باطنا.

حصيله البحث: لو أتلف عليه ثوباً يساوى درهمين فصالح على أكثر أو أقلّ صحّ، و لو صالح منكر الدّار على سكنى المدّعى فيها سنةً صحّ، و لو أقرّ بها ثمّ صالحه على سكنى المقرّ صحّ و له الرجوع .

مسائل

اشاره

(و لما كان الصلح مشروعا لقطع التجاذب و التنازع) بين المتخاصمين (ذكر فيه أحكام من التنازع و لنشر الى بعضها فى مسائل)

لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادّعى الآخر أحدهما

(الاولى: لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما و ادّعى الآخر أحدهما خاصّه فللثانى نصف درهم)

الأصل فى هذه المسأله صحيح عبد اللّه بن المغيره وهو من اصحاب الاجماع عن غير واحد من أصحابنا عن الصّادق (عليه السلام) فى رجلين كان معهما درهمان، فقال

أحدهما: الدّرهمان لی، و قال الآخر: هما بینی و بینک، فقال أبو عبد اللّه (علیه السلام): أمّا أحد الدّرهمین فلیس له فیه شی ء و إنّه لصاحبه و یقسم الدّرهم الثانی بینهما نصفین»(۱) وبه عمل الفقیه(۲).

و صحیح محمّد بن أبی حمزه، عمّن ذکره، عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجلین کان بینهما درهمان فقال أحدها: الدّرهمان لی، و قال الآخر: هما بینی و بینک؟ فقال أبو عبد اللّه (علیه السلام): قد أقرّ أنّ أحد الدّرهمین لیس له فیه شی ء و أنّه لصاحبه، و أمّا الآخر فبینهما»(۳) و فی طریقه محمد بن ابی عمیر و هو من اصحاب الاجماع.

أقول: الصحیحان کلاهما مرسلان الّا انهما من الاخبار الموثوق بها لاعتماد اصحاب الاجماع علیهما هذا من جهه السند .

و اما الدلاله فان قوله (علیه السلام) «و أمّا الآخر فبینهما» او «و یقسم الدّرهم الثانی بینهما نصفین» فیمکن فیه وجهان:

الاول: انه یقسم بینهما بما تقتضیه اصول القضاء یعنی بعد حلف کلّ منهما لصاحبه علی استحقاق النّصف، و من نکل منهما قضی به للآخر، و لو نکلا معا أو حلفا قسم بینهما نصفین , و علیه فلیس فی الصحیحین مخالفه للقواعد.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۲۰۸ح۱۲
۲- الفقیه فی ۸ من أخبار صلحه و فیه بدل «فقال أبو عبد اللّه- إلخ»: «فقال: أمّا الذی قال: هما بینی و بینک فقد أقرّ بأنّ أحد الدّرهمین لیس له و أنّه لصاحبه و یقسم الآخر بینهما».
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۲۹۲ح۱۶

الثانی: أنّه یدل علی وقوع الصلح قهرا بحکم الشّرع کما احتمله المصنّف فی الدّروس فقال: «و یشکل إذا ادّعی الثانی النّصف مشاعا فإنّه یقوی القسمه نصفین و یحلف الثانی للأوّل و کذا فی کلّ مشاع» و ذکر أنّ الأصحاب لم یذکروا هنا یمینا و ذکروا المسأله فی باب الصلح فجاز أن یکون الصلح قهریّا و جاز أن یکون اختیاریّا فإن امتنعا فالیمین».

قلت: الظاهر من الصحیحین هو کون ادّعاء الثانی النّصف مشاعا لأنّ فیهما «و قال الآخر: هما بینی و بینک» کما و ان ظاهرهما وقوع الصلح قهرا علیهما فالوجه الثانی هو الاقوی.

و اما قول المصنف « و جاز أن یکون اختیاریّا فإن امتنعا فالیمین» فلا شاهد له و لا قرینه علیه.

(و کذا لو أودعه رجل درهمین، و آخر درهما و امتزجا لا بتفریط و تلف أحدهما)

الأصل فیه ما فی الفقیه «و فی روایه السّکونی عن الصّادق، عن أبیه علیهما السّلام فی رجل استودع رجلا دینارین و استودعه آخر دینارا، فضاع دینار منهما، فقال: یعطی صاحب الدّینارین دینارا و یقتسمان الدّینار الباقی بینهما نصفین»(1) و الخبر

1- الفقیه (فی 12 من أخبار صلحه) و رواه التّهذیب فی آخر صلحه ایضا.

خال من قید الامتزاج بتفریط و لم یذکر القید المقنع و النهایه أیضا، و إنّما قاله السّرائر، و لا وجه له بعد کون الدّنانیر متماثله.

و سند الفقیه الی کتاب السکونی لا اشکال فیه الّا من جهه النوفلی الا أنّ قول الشیخ فی العدّه «إنّ الطائفه عملت بأخبار مثل السّکونی ..» یکشف عن موثوقیه کتاب السکونی فلا یضره اهمال النوفلی .

و الحکم فیه کسابقه , و أمّا ما قیل من القرعه فإنّما هو فی المشتبه و بعد حکم الشّارع بالتنصیف لا اشتباه.

جواز جعل السقی بالماء عوضا للصلح و صحه الصلح علی اجراء الماء

(الثانیه: یجوز جعل السقی بالماء عوضا للصلح و موردا له و کذا یصح الصلح علی اجراء الماء)

و یدلّ علیه عموم «الصلح جائز بین المسلمین إلّا ما أحلّ حراما أو حرّم حلالا» و عموم «الصلح جائز بین النّاس» و عموم «المسلمون عند شروطهم».

لو تنازع صاحب السفل و العلوّ فی جدار البیت

(الثالثه: لو تنازع صاحب السفل و العلوّ فی جدار البیت حلف صاحب السفل) لکون قوله موافقا للظاهر فیکون منکرا .

(و لو تنازعا فی جدران الغرفه یحلف صاحبها و کذا فی سقفها)

ص:١٣٢

عملا بالظاهر ایضا من کون صاحب الغرفه هو المالک .

(و لو تنازعا فی سقف البیت أقرع بینهما)

لکونه تحت ید کل منهما حسب الظاهر و القرعه لکل امر مجهول کما ورد فی النص و بذلک افتی الشیخ فی الخلاف و قال: «فمن خرج اسمه حلف لصاحبه و حکم له به و إن قلنا إنّه یقسم بینهما نصفین کان جائزا».

أقول: القرعه إنّما هی فی المشتبه و بعد حکم الشّارع بالبینه علی المدعی والیمین علی المنکر لا اشتباه و لا جهاله فالصحیح ما قاله الشیخ فی المبسوط من «حلف کلّ واحد منهما علی دعوی صاحبه فإن حلفا کان بینهما نصفین»(1).

هذا و قال الإسکافیّ: «و لو کان علی رأس الدرج لیستطرقه صاحب العلوّ و هو منزل صاحب السفل کان الرّوشن لصاحب العلوّ و أجذاع السقف و بواریه و جمیع آله السقف لصاحب العلوّ»(2) و به قال ابن ادریس «یحکم لصاحب الغرفه بالسقف»(3) واستدل له العلامه بانّ الغرفه انّما تتحقق بالسقف، إذ هو أرضها، و البیت قد یکون بغیر سقف، و قد اتفقا علی انّ هنا غرفه لصاحبها، و بدون السقف

۱- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، ج ۶، ص: ۲۲۱
۲- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، ج ۶، ص: ۲۲۱
۳- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، ج ۶، ص: ۲۲۱

لا غرفه و لأنّ تصرّفه فيها دون صاحب السفل . وفيه: ان الغلب فى البيت ان يكون مع السقف، وكلاهما متصرّفان فيه . وفى و

إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلک

(الرابعه: إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلک حلف صاحب الغرف فى قدر ما يسلكه، و حلف الآخر على الزائد)

و استدل لذلک بإنّ صاحب البيوت و إن كان له أيضا تصرّف فى قدر ما يسلكه صاحب الغرف إلّا أنّ تصرّف صاحب الغرف أقوى حيث إنّ تصرّفه مستمرّ بخلاف صاحب البيوت و لأنّه لو قلنا بتصرّفهما و تقسيمه بينهما نصفين لا يبقى له مسلک تامّ، و قد كان له . و فيه: انه مجرد استحسان وحيث انه مشترک بينهما عملا يعنى انه تحت يديهما فهو مشاع بينهما كما قاله المصنف فى الدروس و عليه فيكون كل منهما مدع و منكرا.

(و لو تنازعا فى الدرجه يحلف العلوى و فى الخزانه تحتها يقرع بينهما)

أمّا الدّرجه فلا تصرّف للسفلى فيها و لا احتياج له إليها فتكون للعلوىّ و يكون صاحب السفل مدعيا.

و أمّا الخزانه فمن جهه أنّها فى ملک السفلىّ و لم يكن للعلوى فيها تصرّف تكون للسّفلىّ. ومن جهه انها تحت الدرج الذى هو من ملک العلوى فهى للعلوى

فالنتیجه انها لهما و علیه فکل منهما مدع و منکر ولا تصل النوبه للقرعه کما تقدم انفا .

لو تنازع راکب الدابه و قابض لجامها فیها

(الخامسه: لو تنازع راکب الدابه و قابض لجامها فیها حلف الراکب)

کما ذهب إلیه الشیخ فی المبسوط و ذهب فی الخلاف إلی کونها بینهما و اختاره الحلّی و الأوّل هو الاقوی لکون راکب الدابه هو صاحب الید عرفا فالظاهر معه.

(و لو تنازعا ثوبا فی ید أحدهما أکثره فهما سواء)

عملا بالظاهر من کونه الثوب تحت یدیهما فکل منهما مدع ومنکر .

(و کذا لو تنازعا فی العبد و علیه ثیاب لأحدهما)

لإن مجرّد اللّبس أعمّ فلا یکون موجبا لاختصاص احدهما و علیه فکل منهما مدع ومنکر وقیل لا یبعد کون ثیاب احدهما تکون مرجّحا، فإنّ الأصل فی المملوک أن یلبسه المالک لا غیر و اختاره الدّروس. وفیه: ما تقدم من ان مجرد اللبس اعم .

(و یرجح صاحب الحمل فی دعوی البهیمه الحامله)

ص:۱۳۵

الظاهر أنّه لا- مخالف فی کون الحمل مرجّحا تحکیما للظاهر، و الظاهر أنّ الأصل فیه ما قاله الشرائع «من أنّه لو تداعیا جملا و لأحدهما علیه حمل کان الترجیح لدعواه».

(و کذا صاحب البیت فی دعوی الغرفه و ان کان بابها مفتوحا الی الآخر)

الظاهر أنّ الأصل فیه ما قاله فی الشّرائع من أنّه لو تداعیا غرفه علی بیت أحدهما و بابها إلی غرفه الآخر کان الرّجحان لدعوی صاحب البیت تحکیما للظاهر .

لو تداعیا جدارا غیر متصل ببناء أحدهما

(السادسه: لو تداعیا جدارا غیر متصل ببناء أحدهما أو متّصلا ببنائهما معا فان حلفا أو نکلا فهو لهما و الّا فهو للخالف، و لو اتّصل بأحدهما خاصه حلف و قضی له به، و کذا لو کان لأحدهما علیه جذع)

کلّ ذلک عملا بالظاهر فیکون صاحبه منکرا إلّا أنّ المبسوطین لم یجعلا لکون الجذع علیه أثرا و جعله الحلیّ، مرجّحا، و احتمل المبسوط فی ما قبله القرعه. قلت: و مما تقدم تعرف ضعف هذه الاقوال .

(أما الخوارج و الروازن فلا ترجیح بها الّا معاقد القمط)

فیرجح من الیه لو تنازعا فی الخصّ کما فی صحیح منصور بن حازم، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن خصّ بین دارین فزعم أنّ علیّا (علیه السلام) قضی به لصاحب

الـدّار الذی من قبله وجه القماط»(۱) و به عمـل الفقیه(۲) و روی ثانیـا خبر جـابر، عن الباقر، عن أبیه، عن جـدّه، عن علیّ علیهم السّلام «أنّه قضی فی رجلین اختصما إلیه فی خصّ، فقال: إن الخصّ للّذی إلیه القمط»(۳) , و بعد ورود النص المعتبر به فالمصیر إلیه متعیّن.

حصیله البحث:

لو کـان بیـدهما درهمـان فادّعاهمـا أحـدهما و ادّعی الآخر أحـدهما فللثّانی نصف درهم و للأوّل الباقی، و کـذا لو أودعه رجلٌ درهمین و آخر درهمـاً و امتزجـا و تلف أحـدهما و یجوز جعـل السّـقی بالماء عوضاً للصّـلح و مورداً له و کـذا إجراء الماء علی سطحه أو سـاحته بعـد العلم بـالموضع الّـذی یجری منه المـاء و لو تنـازع صـاحب السّـفل و العلوّ فی جـدار البیت حلف صاحب السّفل، و فی جدران الغرفه

ص:۱۳۷

۱- الکـافی (فی آخر بـاب جامع من حریم الحقوق، ۱۵۱ من معیشـته) و رواه ثانیا فی خبره الثالث حسـنا و فیه «عن حظیره» بـدل «عن خصّ» و فی الصـحّاح «الحظیره» تعمل للإبل من شـجر لیقیها البرد و الرّیح و الخصّ البیت من القصب، قال الفزاری: الخصّ تقرّ فیه أعیننا خیر من الآجرّ و الکمد و رواه التّهذیب (فی أواخر بیع الماء) مثل خبر الکافی الأوّل.

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۱۰۰ ح۱ و رواه مطابقا لخبر الکافی الثانی المشار الیه فی الهامش المتقدم، و فیه «فذکر» بدل «فزعم» و فیه «من قبله القماط» .

۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۱۰۰ ح۲

يحلف صاحبها و كذا فى سقفها، و لو تنازعا فى سقف البيت حلف كلّ واحد منهما على دعوى صاحبه فإن حلفا كان بينهما نصفين و إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلك كان كل منهما مدع و منكرا، وكذلك دعواهما فى الخزانه, و فى الدّرجه يحلف العلوىّ و لو تنازع راكب الدّابّه و قابض لجامها حلف الرّاكب، و لو تنازعا ثوباً فى يد أحدهما أكثره فهما سواءٌ لاشتراكهما فكل منهما مدع ومنكر و كذا فى العبد و عليه ثيابٌ لأحدهما, و يرجّح صاحب الحمل فى دعوى البهيمه الحامله، و صاحب البيت فى الغرفه عليه و إن كان بابها مفتوحاً إلى الآخر, و لو تداعيا جداراً غير متّصلٍ ببناء أحدهما أو متّصلًا ببنائهما فإن حلفا أو نكلا فهو لهما و إلّا فهو للحالف، و لو اتّصل بأحدهما حلف و كذا لو كان عليه جذعٌ، أمّا الخوارج و الرّوازن فلا ترجيح بها إلّا معاقد القمط فى الخصّ فيرجح من اليه لو تنازعا فى الخصّ.

(كتاب الشركه)

اشاره

قال: فى تاج العروس: «الشرك و الشركه بكسرهما و ضمّ الثانى بمعنى واحد»(۱) و مقتضاه كون الشركه بالكسر فالسّكون أو الضمّ فالسكون.

ص:۱۳۸

۱- تاج العروس من جواهر القاموس، ج ۱۳، ص: ۵۹۱

حقيقه الشركه و سببها

(و سببها قد يكون إرثا) و هى شركه قهريّه.

(و عقدا و حيازه دفعه و مزجا) و هى الشركات الاختياريّه.

(و الشركه قد تكون عينا) كما لو اشتركا فى شراء دار (أو منفعه) كما لو اشتركا فى استيجار دار (و حقا) .

و من الاشتراک فى الحقّ حقّ أولياء المقتول فى القصاص، و حقّ ورثه المقذوف فى حدّ القاذف.

أقول: و حاصل ما تقدم ان الشركه تتحقق فى موردين:

الاول: كون شى ء واحد لاثنين أو أزيد بنحو الاشاعه فالاخوه مثلا إذا ورثوا مالا او حقا كانت الشركه فيه فيما بينهم بهذا المعنى .

و هكذا تتحقق ايضا إذا افترض اشتراک شخصين فى حيازه المباحات، کاصطياد مجموعه من الاسماک بواسطه شبكه.

او افترض امتزاج مالين لشخصين باختيار او بغيره من دون تميز لأحدهما من الآخر بنحو عدّا عرفا موجودا واحدا، كامتزاج حنطه بحنطه او دقيق حنطه بدقيق حنطه او شعير. و اما إذا كان المزج بنحو لا يعدّان موجودا واحدا فلا تتحقق الشركه و ان لم يمكن التمييز، كما إذا اختلطت دنانير شخص بدنانير غيره، أو

عباءه شخص بعباءه غيره، أو حنطه شخص بشعير غيره، فانه حيث لا يعدّ الخليط موجودا واحدا فلا تتحقق الشركه بل يلزم الفرز ان امكن، و ان لم يمكن الا بكلفه بالغه فمع اتفاقهما على الصلح فهو و الّا قيل اجبرهما الحاكم عليه.

و قيل: بالمصير إلى القرعه مع عدم اتفاقهما على الصلح.

و الاخير هو الصحيح لكن فى مثل مثال العباءه و الدنانير حيث لا يعرف المالك فيشخص بالقرعه لان «كل مجهول ففيه القرعه»(١) بخلافه فى مثال اختلاط الحنطه بالشعير، فانه لا معنى للمصير إلى القرعه بعد تشخص مالك الحنطه عن مالك الشعير بل يتعيّن المصير إلى الصلح ان اتفقا عليه و الا اجبرهما الحاكم عليه.

و قد يفترض تحقق الشركه أيضا فيما إذا امتلك شخصان أو أزيد شيئا واحدا بشراء أو صلح أو هبه و نحوها.

كما تتحقق أيضا بعمليه التشريك المنصوص عليها فى الاخبار، كمن كان عنده شى ء و طلب منه غيره تشريكه فيه، بان قال له: شرّكنى فى نصفه بكذا مقدار، فانه إذا قبل تحققت فيه الشركه بالمعنى المذكور، فاذا حصل ربح أو نقصان اشتركا فى ذلك.

١- وسائل الشيعه ١٨: ١٨٩ الباب ١٣ من أبواب كيفيه الحكم الحديث ١١

و الوجه فیه- مضافا إلی امکان دعوی انعقاد السیره العقلائیه علیه الممضاه بعدم ردع الشارع عنها- التمسک بصحیحه هشام بن سالم عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «سألته عن الرجل یشارک فی السلعه، قال: ان ربح فله و ان وضع فعلیه»(۱) و غیرها.

و الشرکه فی کل الأمثله التی أشرنا إلیها تتحقق بنحو الاشاعه.

و قیل بامکان تحققها أیضا فی موارد اخری بنحو الکلی فی المعین أو بنحو استقلال الشرکاء فی التصرف، کما فی شرکه الفقراء فی الزکاه، و بنی هاشم فی الخمس، و الموقوف علیهم فی الاوقاف العامه ولیس ببعید.

الثانی: الاتفاق بین طرفین أو أزید علی الاتجار بمالهم مع الاشتراک فی الربح و الخساره .

و الشرکه فی هذا المورد عقد، و لأجله صحّ ادراجها فی العقود بخلافه بالمورد الاول فانها لیست عقدا.

و هذا المورد ایضا مما انعقدت علیه السیره العقلائیه المتصله بزمن المعصوم (علیه السلام) الممضاه بعدم الردع عنها، و مشموله للعمومات، کقوله تعالی: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}(۲).

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۷۴ الباب ۱ من أبواب أحکام الشرکه الحدیث ۱

۲- المائده: ۱

بل یمکن التمسک لإثبات صحتها بمعتبره السکونی عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «ان أمیر المؤمنین (علیه السلام) کره مشارکه الیهودی و النصرانی و المجوسی الا ان تکون تجاره حاضره لا یغیب عنها المسلم»(۱) و غیرها.

و قد تقدم ان السکونی و ان لم یرد فی حقه توثیق خاص الّا ان دعوی الشیخ فی عدته عمل الطائفه بروایاته(۲) کاف فی موثوقیه خبره.

حقیقه الشرکه العقدیه

ثم انه قیل لا تصح الشرکه العقدیه الّا بمزج مالی الشریکین اما قبل العقد أو بعده بنحو لا یتمیزان. ولا مستند له سوی الاجماع المدعی فی المسأله، فان تمّ کان هو المدرک و الّا فمقتضی العمومات کقوله تعالی: {أَوْفُوا بِالْعُقُود} عدم الاعتبار وهو الاقوی .

و إذا قلت: مع افتراض تحقق المزج تکون الشرکه متحققه به فما الفائده بعد ذلک من اجراء عقد و أی شی ء یترتب علیه؟

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۷۶ الباب ۲ من أحکام الشرکه الحدیث ۲

۲- العده فی الاصول ۱: ۱۴۹

قلت: مع افتراض تحقق المزج الموجب للإشاعه تنحصر فائده العقد فى الاذن فى التصرف فى المال المشترک و يکون فى روحه راجعا إلى الاذن فى التصرف و توکيل احدهما الآخر فيه.

و اما مع عـدم تحقق المزج أو افتراض تحققه بنحو غير موجب للإشاعه- بناء على انکار الاجماع رأسا أو دعوى قيامه على اعتبار اصل المزج و لو لم يوجب الاشاعه- فقيل فيه ان مرجع العقد حينئذ إلى تمليک کل واحد من الطرفين حصه من ماله للآخر.

وفيه: انه راجع ايضا إلى الاذن فى التصرف ولادليل على انها تمليک حصه من المال للآخر.

وعليه فحقيقه الشرکه العقديه هى الاذن فى التصرف .

حصيله البحث:

تتحقق الشـرکه بکون شـى ء واحـد لاثنين أو أزيـد بنحو الاشاعه فالاخوه مثلا إذا ورثوا مالا او حقا کانت الشـرکه فيه فيما بينهم بهذا المعنى , و هکذا تتحقق ايضا إذا افترض اشتراک شخصـين فى حيازه المباحات، کاصـطياد مجموعه من الاسـماک بواسطه شبکه, او افترض امتزاج مالين لشخصين باختيار او بغيره من دون تميز لأحدهما من الآخر بنحو عدّا عرفا موجودا واحدا، کامتزاج حنطه بحنطه او دقيق حنطه بدقيق حنطه او شعير. و اما إذا کان المزج بنحو لا يعدّان موجودا واحدا فلا

تتحقق الشـرکه و ان لم یمکن التمییز، کما إذا اختلطت دنانیر شخص بدنانیر غیره، أو عباءه شخص بعباءه غیره، أو حنطه شخص بشعیر غیره، فانه حیث لا یعدّ الخلیط موجودا واحدا فلا تتحقق الشرکه بل یلزم الفرز ان امکن، و ان لم یمکن الّا بکلفه بالغه فمع اتفاقهما علی الصلح فهو و الّا فلابد من القرعه مع عدم اتفاقهما علی الصلح.

وتتحقق الشـرکه بالاتفاق بین طرفین أو أزیـد علی الاتجار بمالهم مع الاشتراک فی الربـح و الخساره , کما و تتحقق أیضا بعملیه التشریک ایضا.

و المعتبر شرکه العنان

(و المعتبر شرکه العنان)

قـال فی مختـار الصـحاح: «شـرکه العنـان ان یشترکـا فی شـیء خـاص دون سائر اموالهما کانه عن لهما شـیء فاشتریاه مشترکین فیه»(۱).

أقول: الشرکه لها صور متعدده لا تصح عند المصنف الّا فی واحد منها، و هی عباره عن التعاقد علی الاشتراک فی ربح و خساره المالین بعد الاتجار بهما.و یصطلح علیها بشرکه العنان. والوجه فی صحه شرکه العنان العمومات کما تقدم انفا.

۱- مختار الصحاح ص۴۵۸

(لا شركه الأعمال و لا شركه المفاوضه و لا شركه الوجوه)

اقول: اما بقيه صور الشركه فهى:

۱- شركه الابدان. و هى التعاقد على عمل كل واحد من الطرفين بصوره مستقله و فى مجاله الخاص مع اقتسام الربح الحاصل لكل واحد، كما لو قرّر حلاقان اقتسام اجره الحلاقه التى يحصلان عليها فى كل يوم.

۲- شركه الوجوه. و هى التعاقد بين شخصين - لا يملكان مالا بل وجاهه بين الناس فقط - على شراء كل واحد منهما بثمن ثابت فى ذمته فقط شيئا لكلا الطرفين ثم بيعه بعد ذلك و اداء الثمن بعده و اقتسام الربح الحاصل.

۳- شركه المفاوضه. و هى التعاقد على اقتسام كل ما يستفيده أحد الطرفين من ارث أو وصيه أو ربح تجاره و نحو ذلك، و هكذا تحمل الطرفين كل ما يرد على احدهما من خساره.

و هذه الصور الثلاثه باطله عند المصنف و الشيخين و المرتضى مدعيا الاخير عليه الإجماع و جوّز الإسكافىّ شركه الوجوه فقال: «لو اشترك رجلان بغير رأس مال على أن يشتريا و يبيعا بوجوههما جاز ذلك».

و أمّا شركه الأعمال ففصّل الإسكافى أيضا فقال: «و لو اشترك رجلان فكان من أحدهما بذر و بقر و على الآخر العمل و الخراج كانت الشركه جائزه بينهما، و لو اشترك رجلان على أن يعملا عملا لكلّ واحد منهما فيه منفردا و إن يكون

أیـدیهما جمیعـا فی العمل، و یقسم الأجره بینهما لم أجز ذلک لأنّ الأجره عوض عن عمل. فإذا لم یتمیّز مقـدار عمل کلّ واحد منهما لم آمن أن یلحق أحـدهما غبن أو أن یأخذ ما لا یسـتحقّه فإن شارکا الفضل أو تحالا أو یضـمن أحدهما بالعمل ثمّ قسـمه علی الأخر من غیر شرکه جاز ذلک»(۱).

و یستدل لعدم صحه شرکه الابدان بان ملاک الشرکه هو الامتزاج الذی هو مفقود فیها.

و اما بناء علی عدم اعتبار الامتزاج فقد قیل فی وجه عدم الصحه: ان ربح العمل المستقبلی معدوم حین العقد، و تملیک المعدوم أمر غیر عقلائی و تحتاج صحته إلی قیام دلیل خاص علیه، و هو مفقود.

و بهذا التوجیه یستدل ایضا لبطلان شرکه الوجوه و المفاوضه، فان المزج بناءً علی اعتباره مفقود، و بناء علی عدمه یکون المورد من موارد تملیک المعدوم، فان ربح ما یشتری فی الذمه أو الفوائد المسـتقبلیه التی تحصل من خلال الارث أو الوصیه و نحوهما مفقود حین اجراء عقد الشرکه، و تملیک ذلک تملیک للمعدوم.

و فیه: نمنع کون تملیـک المعـدوم أمر غیر عقلائی بل هو عقلائی کما فی المضاربه حیث یکون الربـح بینهما و هو معـدوم حین العقد مضافا الی کونه مجرد استحسان لا حجیه فیه و علیه فلا مانع من شمول عمومات وجوب الوفاء له.

۱- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه، ج ۶، ص: ۲۳۰

واستدل المرتضی لبطلانها بما روی من النّهی عن الغرر .

وفیه: انه لاغرر فیه ولو کان غرریا لکانت المضاربه غرریه ایضا .

وقد یستدل ایضا بقوله تعالی {وَ لاَ تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ} فإذا کان عمل أحدهما أکثر أو وجهه أوجه تکون شرکه الآخر معه أکلا بالباطل.

وفیه: انه لیس من مصادیق اکل المال بالباطل بل هو کالمضاربه مضافا الی ورود النص فی بعض افرادها کما فی المورد الاول مما فصّله الإسکافی ففی صحیح علیّ بن جعفر عن أخیه (علیه السلام): «سألته عن رجل استأجر بیتا بعشره دراهم فأتاه الخیاط أو غیر ذلک فقال: أعمل فیه و الأجر بینی و بینک، و ما ربحت فلی ذلک، فربح أکثر من أجر البیت أ یحلّ ذلک، قال:لا بأس»(۱).

و صحیح رفاعه، عن الکاظم (علیه السلام): «سألته عن رجل شارک رجلا فی جاریه له و قال له: إن ربحنا فیها فلک نصف الربح و إن کانت وضیعه فلیس علیک شی ء، فقال: لا أری بهذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاریه»(۲) و به عمل الکافی.

۱- مسائل علی بن جعفر و مستدرکاتها؛ ص: ۱۲۵؛ قسم المسائل. / قرب الإسناد (ط - الحدیثه)؛ ص: ۲۶۵؛ باب ما یحل من البیوع.

۲- الکافی (فی ۱۶ من باب شراء الرّقیق، ۹۳ من معیشته

و الحاصل ان کل هذه الصور من الشرکه صحیحه بمقتضی العمومات وعدم المانع .

حصیله البحث:

المعتبر من الشرکه شرکه العنان , و اما شرکه الأعمال و لا المفاوضه و الوجوه فقیل ببطلانها و الاقوی صحتها .

شرائط الشرکه

۱- یلزم فی الشرکه العقدیه الایجاب و القبول و البلوغ و العقل و الاختیار و عدم الحجر لسفه أو فلس, و ذلک بمقتضی افتراض کونها عقدا .

و یکفی کل ما یدل علیهما، کقول احدهما: تشارکنا مع قبول الآخر، بل تکفی المعاطاه، کما لو مزج المالان بقصد الاشتراک فی التجاره و ما یترتب علیها من ربح أو خساره، فانه بعد صدق العقد بذلک یشمله عموم قوله تعالی: {أَوْفُوا بِالْعُقُود}.

و اما اعتبار البلوغ و بقیه الشروط فلان ذلک من الشرائط العامه فی کل عقد.

(و یتساویان فی الربح و الخسران مع تساوی المالین، و لو اختلفا اختلف و لو شرطا غیرهما فالأظهر البطلان)

ص:۱۴۸

ذهب إلى البطلان الشيخ فى المبسوطين و الحلبيّان و الحلىّ و هو ظاهر المفيد و الدّيلمىّ.

و ذهب المرتضـى فى انتصـاره إلى جوازه، مـدعيا عليه الاجماع فقال: «و ممّا انفردت به الإماميّه القول بأنّ المشتركين مع تساوى ماليهما إذا تراضـيا بأن يكون لأحدهما من الرّبح أكثر من الآخر جاز ذلك و كذلك إذا تراضـيا بأنّه لا وضـيعه على أحدهما، أو أنّ عليه من الوضـيعه أقلّ ممّا على الآخر جاز أيضا، و خالف باقى الفقهاء فى ذلك فقال الشافعىّ: لا يجوز أن يشترطا تساويا فى الرّبـح مع التفاضل فى المال و لا تفاضـلا فى الرّبـح مع التساوى فى المال، و إن شـرطا ذلك فسـدت الشـركه، و أبو حنيفه أجاز التفاضـل فى الرّبـح و إن كـان رأس المـال متساويـا، و قال مالك: و لا يجوز عنـدى التفاضل فى الرّبـح مع التساوى فى المال، و قالت الجماعه: إنّ الوضيعه على قدر المالين و شرط الفضل باطل، دليلنا الإجماع المتكرّر».

أقول: و هو المفهوم من الكلينى حيث اعتمد صـحيح رفاعه، عن الكاظم (عليه السـلام): «سألته عن رجل شارك رجلا فى جاريه له و قـال له: إن ربحنـا فيهـا فلك نصف الربـح و إن كانت وضـيعه فليس عليك شـى ء، فقال: لا أرى بهـذا بأسا إذا طابت نفس صاحب الجاريه»(۱) الدال على صحته .

۱- الكافى (فى ۱۶ من باب شراء الرّقيق، ۹۳ من معيشته

ثم على فرض البطلان فهل الشّرط خاصّه باطل كما صرّح به الحلبیّ و هو الصحیح لما تقدم من ان الشرط الفاسد لیس بمفسد أو مع الشرکه کما ذهب إلیه الشّیخ فالظاهر أنّه لا ثمره فی هذا النّزاع حیث إنّ کلا منهما قائل بأنّ اللازم حینئذ أجره المثل .

هذا و یجوز الصلح بینهما عند فسخ الشرکه بأخذ أحدهما رأس المال، کما مرّ فی الصلح عند قوله: «و لو اصطلح الشریکان».

۲- و بذلک یظهر صحه شرط الزیاده لأحدهما سواء فی کانت فی مقابل عمل أم لا لانه شرط سائغ و مشمول لعموم قوله (علیه السلام): «المسلمون عند شروطهم»(۱).

۳- و التصدی للعمل فی عقد الشرکه یتبع ما تمّ الاتفاق علیه بین الطرفین، فاذا اتفقا علی تصدی احدهما فقط أو کلیهما بنحو الاستقلال أو الانضمام کان السیر علی طبق ذلک لازما لأن عقد الشرکه علی ما تقدم یرجع إلی الاذن فی التصرف و علیه یکون تحدید الاذن أمرا راجعا إلی الآذن .

و هکذا الحال بالنسبه إلی تعیین الکیفیه الخاصه للعمل فانها تتبع ما تمّ الاتفاق علیه.

۱- وسائل الشیعه ۱۲: ۳۵۳ الباب ۶ من أبواب الخیار الحدیث ۲

۴- عقد الشركه جائز، بمعنى ثبوت الحق لكل من الشريكين فى التراجع عن اذنه فى التصرف. وذلك لان مرجعه- كما قلنا- الى الاذن فى التصرف و عليه فمن حق كل آذن التراجع عن اذنه.

أحكام الشركه

لا يجوز لبعض الشركاء التصرف فى العين المشتركه

(و ليس لأحد الشركاء التصرّف إلّا بإذن الجميع و يقتصر من التصرّف على المأذون)

۱- انه لا يجوز لبعض الشركاء التصرف فى العين المشتركه الّا باذن البقيه و ذلك لعدم جواز التصرف فى مال الغير الّا عن طيب نفسه .

(فإن تعدى ضمن) كما سيأتى .

و لكلّ من الشركاء المطالبه بالقسمه

(و لكلّ من الشركاء المطالبه بالقسمه عرضا كان المال أو نقدا)

۲- و إذا طالب بعض الشركاء بالقسمه لزمت اجابته ان لم يلزم منها تضرر البعض أو الكل سواء كانت قسمه افراز- بمعنى عدم احتياج المال المشترك فى تقسيمه إلى تعديل سهامه لتساوى أجزائه فى القيمه- أم قسمه تعديل.

ص:۱۵۱

أقول: اما لزوم الاجابه إلى القسمه مع عدم التضرر لأنّ الشركه ليست من العقود اللّازمه حتّى أنّهما لو عيّنا لها مدّه فإنّما يفيد ذلك جواز تصرّف كلّ منهما فى تلك المدّه لا عدم جواز الفسخ قبلها. و للسيره العقلائيه المنعقده على ان لكل مالك الحق فى المطالبه بفرز ماله عن مال شريكه، و حيث لا يحتمل حدوث السيره المذكوره فى الازمنه المتأخره بل يجزم باتصالها بزمن المعصوم (عليه السلام) فتكون كاشفه عن رضاه (عليه السلام) بمضمونها بعد عدم ردعه عنها.

و اما استثناء حاله لزوم الضرر فلقاعده نفى الضرر بناء على كون المراد منها نفى الحكم الذى ينشأ منه الضرر.

و اما ان لزوم الاجابه إلى القسمه لا يفرّق فيه بين شكلى القسمه فلعموم السيره المتقدمه.

القسمه عقد لازم لا يجوز فسخها من دون تراض

۳- و القسمه عقد لازم لا يجوز فسخها من دون تراض. و لو ادعى وقوع الغلط فيها لم يقبل ذلك الّا بالبينه و ذلك لأصاله اللزوم فى كل عقد- كما تقدم- التى يلزم التمسك بها ما دام لم يثبت بالدليل الجواز.

و اما عدم قبول دعوى الغلط فيها فلأصاله الصحه- فى كل عقد لم يثبت فساده- الثابته بالسيره العقلائيه غير المردوع عنها.

ص:۱۵۲

و اما استثناء حاله اقامه البينه فلان کل من ادعی شيئا علی خلاف الاصل فيمکنه اثبات دعواه باقامه البينه عليها لقوله صلّی اللّه عليه و آله: «البينه علی من ادعی و اليمين علی من ادعی عليه»(۱).

و الشريک أمين لا يضمن الا بتعدّ أو تفريط

(و الشريک أمين لا يضمن الا بتعدّ أو تفريط، و يقبل يمينه فی التلف)

حسب شأن باقی الأمناء ففی صحيح الحلبیّ، عن الصّادق (عليه السلام): «ليس علی مستعير عاريه ضمان، و صاحب العاريه و الوديعه مؤتمن»(۲).

(و ان کان السبب ظاهرا)

کالحرق، و الغرق. و إنما خصه لإمکان إقامه البينه عليه، فربما احتمل عدم قبول قوله فيه کما ذهب إليه بعض العامه . ويرده: ان وظيفه المنکر اليمين .

کراهه مشارکه الذمّی

(و تکره مشارکه الذمّی و إبضاعه و إيداعه)

۱- وسائل الشيعه ۱۸: ۱۷۰ الباب ۲ من أبواب کيفيه الحکم الحديث ۱
۲- التّهذيب (فی أوّل عاريته)

كما فى صحيح ابن رئاب: قال أبو عبد اللّه (عليه السلام): «لا ينبغى للرّجل المسلم أن يشارك الذّمّى و لا يبضعه بضاعه و لا يودعه وديعه و لا يصافيه المودّه»(۱).

و معتبر السّكونىّ، عنه (عليه السلام) «أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) كره مشاركه اليهودىّ و النصرانىّ و المجوسىّ إلّا أن تكون تجاره حاضره لا يغيب عنها المسلم»(۲).

و لو باع الشريكان سلعه صفقه و قبض أحدهما من ثمنها

(و لو باع الشريكان سلعه صفقه و قبض أحدهما من ثمنها شيئا شاركه الأخر فيه)

على المشهور، كما هو مقتضى الشركه وان لم يرد فيه نص خاص نعم وردت الأخبار فى ما لو اقتسم الشريكان الدّيون و فيها: أنّه ما أخذه منها أحدهما يكون بينهما، كما فى خبر أبى حمزه: «سئل أبو جعفر (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقتسما الذى بأيديهما و أحال كلّ واحد منهما بنصيبه من الغائب، فاقتضى أحدهما و لم يقتض الآخر؟ قال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»(۳).

و موثق محمّد بن مسلم، عن أحدهما (عليه السلام): «سألته عن رجلين بينهما مال، بعضه غائب و بعضه بأيديهما فاقتسما الذى بأيديهما و احتال كلّ واحد منهما بحصّته

۱- الكافى (فى باب مشاركه الذّمّى، ۱۴۳ من معيشته)

۲- وسائل الشيعه ۱۳: ۱۷۶ الباب ۲ من أحكام الشركه الحديث ۲

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۸۵ح۴

من الغائب، فاقتضى أحدهما و لم يقتض الآخر؟ فقال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»(۱).

و موثق معاويه بن عمّار: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجلين بينهما مال بعضه بأيديهما و بعضه غائب عنهما، فاقتسما الذى بأيديهما و احتال كلّ واحد منهما بحصّته من الغائب، فاقتضى أحدهما و لم يقتض الآخر؟ فقال: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله»(۲).

و موثق عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجلين بينهما مال، منه دين و منه عين، فاقتسما العين و الدّين فتوى الذى كان لأحدهما من الدّين أو بعضه و خرج الذى للآخر أ يردّ على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله»(۳).

و صحيح سليمان بن خالد، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجلين كان لهما مال، منه بأيديهما و منه متفرّق عنهما، فاقتسما بالسويّه ما كان فى أيديهما و ما كان غائبا، فهلك نصيب أحدهما ممّا كان عنه غائبا و استوفى الآخر أ يردّ على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب ماله»(۴) وغيرها.

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۸۶ح۵

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۸۶ح۶

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۸۶ح۷

۴- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۳۵ح۹

و بها أفتى الإسـكافىّ و الشـيخ فى النهايه و الحلبيّان و ابن حمزه و هى دالّه بالأولويّه على ما إذا لم يقتسـما و قبض أحـدهما دينا أنّه يكون مشتركا بينهما.

هـذا و قيـل: لاـ يشـارك لجواز أن يبرئ الغريم من حقّه و يصـالحه عليه من غير أن يسـرى إلى الآـخر فكـذا الاستيفاء . وفيه: انه معامله جديده لا تنفى احكام الشركه المتقدمه .

لو ادعى المشترى شراء شى ء لنفسه أولهما حلف

(و لو ادعى المشترى شراء شى ء لنفسه أو لهما حلف)

أمّـا قبول ادّعـائه بيمينه لنفسه فلاـنّ الشـريكين يمكن كلّ منهما أن يشترى شـيئا لنفسه بـدون عمل شـراكته، و أمّا لهما فلأنّ كلا منهما أمين الآخر فيقبل ادّعاؤه مع يمينه.

حصيله البحث:

يلزم فى الشركه العقديه الايجاب و القبول و يكفى كل ما يدل عليهما , و البلوغ و العقل و الاختيار و عدم الحجر لسفه أو فلس , و يتساويـان فى الرّبـح و الخسـران مع تساوى المالين و لو اختلفا اختلف الرّبـح، و لو شـرطا غيرهما فالأظهر الصـحه و ليس لأحد الشّـركاء التّصـرّف إلّا بإذن الجميع، و يقتصـر من التّصـرّف على المأذون فإن تعـدّى ضـمن، و عقـد الشـركه جائز فلكلٍّ المطالبه بالقسمه عرضاً كان المال أو

نقداً و إذا طالب بعض الشركاء بالقسمه لزمت اجابته ان لم يلزم منها تضرر البعض أو الكل سواء كانت قسمه افراز- بمعنى عدم احتياج المال المشترک فی تقسیمه إلى تعدیل سهامه لتساوی أجزائه فی القیمه- أم قسمه تعدیل، و القسمه عقد لازم لا یجوز فسخها من دون تراض. و لو ادعى وقوع الغلط فیها لم یقبل ذلک الّا بالبینه, و الشّریک أمینٌ لا یضمن إلّا بتعدٍّ أو تفریطٍ، و یقبل یمینه فی التّلف و إن کان السّبب ظاهراً، و تکره مشارکه الذّمّیّ و إبضاعه و إیداعه، و لو باع الشّریکان سلعهً صفقهً و قبض أحدهما من ثمنها شیئاً شارکه الآخر فیه، و لو ادّعى المشتری من المشترکین شراء شی ءٍ لنفسه أو لهما حلف .

(کتاب المضاربه)

اشاره

(و هی أن یدفع مالا الی غیره لیعمل فیه بحصه معیّنه من ربحه)

أقول: بناء على هذا التعریف فحقیقه المضاربه تکون من العقود الاذنیه یعنی انها متقومه بأذن من المالک و قبول من العامل فلا تتضمن التزاما و تعهدا من الطرفین قیل: و علیه فلا- یمکن التمسک لإثبات صحتها بالعمومات من قبیل قوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}(1) بناء على ان المراد بالعقود العهود کما فی صحیحه ابن سنان مضافا الى ما قیل من انها تتضمن تملیک العامل حصته من الناتج، و حیث انه لا وجود لها حین العقد فلا یمکن تملیکها عقلائیا لان غیر الموجود لیس بمملوک

1- المائده: 1

کی یقبل التملیک. و هل تری امکان ان یبیع الشخص السمکه التی سیصطادها بعد ساعه أو یهب الشی ء الذی یشتریه بعد ذلک؟ و علیه فیحتاج اثبات الصحه إلی دلیل خاص غیر مثل {أَوْفُوا بِالْعُقُود}.

و هذا الکلام لا یختص بالمضاربه بل یعم ما کان علی شاکلتها، کالمزارعه و المساقاه.

و اجیب الدلیل الثانی بان ما یحصل فی المستقبل هو فی نظر العرف بمنزله الموجود کمنافع العین .

و یجاب عن الدلیل الاول بان المراد مما فی التعریف «لیعمل فیه بحصه معیّنه» هو التزام وتعهد العامل بالعمل والتزام المالک بدفع الحصه اذن فکل منهما ملتزم و متعهد للاخر وعلیه فتشملها عموم ایه {اوفوا بالعقود} الّا ان ذلک لا یعنی ان تکون المضاربه من العقود اللازمه و ذلک لعدم کون تعهد العامل بالعمل علی نحو الالزام من مقوماتها بل هی تصح حتی لو لم یکن تعهد الزامی من العامل بالعمل ولهذا قالوا بجوازها و ادعی علیه الاجماع والسر فی عدم کونها لازمه مع شمول ایه وجوب الوفاء بالعقود لها انها حیث صحت مطلقه بدون اجل معین وجب الوفاء بما تضمنت ما دام العقد باقیا لم یفسخ ولا دلاله فی الآیه علی عدم صحه الفسخ والّا لما جاز فسخها الی ابد الدهر وهو کما تری فان الآیه المبارکه انما تدل علی اللزوم فی ما اذا کان متعلق العقد متضمنا لمعنی اللزوم کأن یکون مؤجلا الی زمان معین کما فی الاجاره او متضمنا للتملیک بنحو الاطلاق کما فی

البیع وعلیه فلا منافاه بین کونها مشموله للایه وکونها من العقود الاذنیه وبذلک یستدل علی جواز الشرکه والقرض.

هـذا و تفترق المضاربه عن القرض ان المال علی فرض القرض ینتقل جمیعه إلی الطرف الثانی مقابل ضـمانه لما یساویه، بخلافه علی فرض المضاربه، فان المال یبقی علی ملک مالکه و یعمل العامل فیه مقابل قسم من الربـح وقـد ورد فی صـحیحه محمد بن قیس عن أبی جعفر (علیه السـلام) فی حـدیث «إنّ علیاً (علیه السـلام) قال: من ضـمن تاجراً فلیس له إلّا رأس ماله، و لیس له من الربح شی ء»(۱) وهی صـریحه الـدلاله فی کون تضـمین المـال یرجع الی القرض وهـذا لاـ یفرق فیه بین کونه من أوّل الأمر، او بصـیغه اشتراط الضـمان عند الخساره او التلف. لکن قیل: انها وارده فی التضمین من أوّل الأمر، لا اشتراط الضمان عند التلف(۲) وهذا الکلام مع کونه خلاف الاطلاق لا شاهد له فلا فرق بین الامرین عرفا وعقلائیا.

و تفترق عن الاجاره ان الاربـاح علی فرض الاجـاره تکون بأجمعها للمالک، و للعامل الاجره، بخلافه فی المضاربه، فان الارباح من البدایه تکون بین الطرفین حسب الاتفاق.

۱- الوسائل، ج ۱۹ کتاب المضاربه، ب ۴ ح ۱

۲- موسوعه المحقق الخوئی؛ ج ۳۱، ص: ۳۶

و يدل على مشروعيتها النصوص الكثيره، كصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: «سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه و ينهى ان يخرج به فخرج، قال: يضمن المال، و الربح بينهما»(۱) و هى صحيحه بكلا طريقيها فراجع.

و يظهر منها ان صحه المضاربه فى الجمله امر مفروغ منه و ان السؤال وقع عن بعض خصوصياتها و به قال الإسكافى و الشيخ فى مبسوطيه و استبصاره و ابن حمزه و الحلىّ، و هو ظاهر الصدوق و الكلينىّ حيث رويا أخبارها، و ذهب المفيد و الدّيلمىّ إلى أنّ له أجره المثل، و هو ظاهر الحلبىّ، و تردّد فيه الشيخ فى نهايته فإنّه أفتى أوّلا بما قاله شيخه، ثمّ نسب الشركه فى الرّبح إلى الروايه، بل أفتى بعد ذلک بفروع مبتنيه على الشركه.

أقول: و هذه الفتوى من المفيد غريبه.

شرائط المضاربه

يلزم فى تحقق المضاربه توفر:

۱- الايجاب من المالک و القبول من العامل بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاه.

اما اعتبار الايجاب و القبول فواضح بعد كونها عقدا.

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۲۸۱ الباب ۱ من أبواب أحكام المضاربه الحديث ۱

و اما الاكتفاء بكل ما يدل عليهما فللتمسك باطلاق ادله مشروعيتها بعد فرض تحقق الدلاله عليها , و من ذلك يتضح الوجه فى تحققها بالمعاطاه.

۲- البلوغ و العقل و الاختيار فى المالك و العامل. و يلزم فى المالك أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو فلس.

اما اعتبار البلوغ و العقل و الاختيار فى المالك و العامل فلأنها من الشرائط العامه المعتبره فى كل عقد.

و اما اعتبار عدم الحجر على المالك فلانه من خلال المضاربه يتحقق منه التصرف فى أمواله، و شرط جواز ذلك عدم الحجر.

و اما عدم اعتبار ذلك فى العامل فباعتبار انه لا يتحقق منه تصرف فى ماله و انما يحاول تحصيل مال و ذلك ليس ممنوعا منه. نعم سيأتى فى كتاب المزارعه وجود رأى يعتبر ذلك فى العامل أيضا .

۳- تعيين الحصه و عدم ترددها، و ان يكون تعيينها بنحو الكسر المشاع الّا اذا افترض وجود تعارف خارجى يوجب انصراف الاطلاق إليه.

اما اعتبار تعيين الحصه و عدم ترددها فلان الحصه المردده لا وجود لها ليمكن تمليكها للعامل.

و هل يلزم تعيين الحصه بمعنى معلوميتها و عدم كونها مجهوله، كما لو قال المالك: ضاربتك بحصه تساوى الحصه المجعوله فى مضاربه فلان مع افتراض

انهما يجهلان ذلك؟ المشهور ذلک لحديث: نهی النبی صلّی اللّه عليه و آله عن الغرر(۱) و قد استدللنا علی اعتباره فی کتاب الاجاره.

و اما اعتبار کون تعيين الحصه بالکسر المشاع فلان ذلک مقوّم لمفهوم المضاربه، إذ لو عينت لا ـ بذلک - کما لو قال المالک:ضاربتک علی ان يکون لک مائه دينار- کان المورد مصداقا للإجاره أو الجعاله.

و اما کفايه الانصراف فلأن به يتحقق التعيين.

۴- کون الربح بينهما، و عليه فقيل: لا يصح جعل مقدار منه لأجنبی الّا مع افتراض قيامه بعمل.

اما اعتبار کون الربح بينهما و عدم صحه جعل قسم منه لأجنبی فلأن ظاهر روايات المضاربه کون الربح بينهما لا غير.

علی انه يکفی الشک فی جواز الجعل للأجنبی فی الحکم بعدم الجواز بناء علی الرأی القائل بعدم امکان التمسک بالعمومات لإثبات صحه المضاربه , و اما لو قلنا بشمول العمومات لها کما هو الصحيح فلا مانع منه .

۱- تذکره الفقهاء، کتاب الاجاره، المسأله ۲ من الرکن ۳ فی الفصل ۲

و اما استثناء حاله قيام الاجنبى بعمل فلأنه بفرض قيامه بعمل يكون عاملا آخر فى المضاربه، و من ثمّ سوف تكون المضاربه بين المالك و عاملين، و ذلك مما لا محذور فيه .

۵- ان يكون الاسترباح بالتجاره، فلو دفع إلى شخص مال ليشترى به سياره لحمل المسافرين مع اقتسام الاجره او دفع إلى خباز أو بقال و نحوهما مال ليصرف فى حرفتهم مع اقتسام الارباح لم يكن ذلك مضاربه.

اما اعتبار كون الاسترباح بالتجاره فلان ذلك دخيل فى مفهوم المضاربه.

و لا أقل من احتمال ذلك، و يكفى ذلك، حيث يلزم الرجوع إلى اصاله عدم ترتب الاثر.

و هل يمكن تصحيح المعامله - التى لا يكون الاسترباح فيها بالتجاره- بواسطه العمومات؟

نعم يمكن ذلك بناء على رأى المشهور القائل بامكان تصحيح المضاربه و ما شاكلها من خلال العمومات و هو المختار كما تقدم الاستدلال عليه .

۶- قدره العامل على مباشره التجاره بنفسه إذا اشترط عليه ذلك.

اما اعتبار قدره العامل على المباشره إذا كانت مقصوده فلأنه بدون ذلک لا یمکن تحقق القصد إلى المعامله و لا یمکن تعلق وجوب الوفاء بها. و هذا مطلب سار فی کل معامله و لا یختص بالمضاربه.

حصیله البحث:

و هی أن یدفع مالًا إلی غیره لیعمل فیه بحصّهٍ معیّنهٍ من ربحه مع قدره العامل على مباشره التجاره بنفسه إذا اشترط علیه ذلک و یصح جعل مقدار من الربح لأجنبی قام بعمل ام لم یقم, و یلزم فی تحقق المضاربه الایجاب من المالک و القبول من العامل بکل ما یدل علیهما و لو بالمعاطاه. و یشترط فیها البلوغ و العقل و الاختیار فی المالک و العامل, و یلزم فی المالک أن لا یکون محجورا علیه لسفه أو فلس. ولابد من تعیین الحصه و عدم ترددها، و ان یکون تعیینها بنحو الکسر المشاع الّا اذا افترض وجود تعارف خارجی یوجب انصراف الاطلاق إلیه , و ان یکون الاسترباح بالتجاره، فلو دفع إلی شخص مال لیشتری به سیاره لحمل المسافرین مع اقتسام الاجره او دفع إلی خباز أو بقال و نحوهما مال لیصرف فی حرفتهم مع اقتسام الارباح لم یکن ذلک مضاربه نعم یصح کمعامله اخرى مستقله.

احکام المضاربه

(و هی جائزه من الطرفین)

ص:۱۶۴

لما تقدم من عدم كون تعهد العامل بالعمل من مقوماتها بل هی تصح حتی لو لم یکن تعهد العامل بالعمل الزامیا و لهذا قالوا بجوازها وادعی علیه الاجماع, و قلنا ان السر فی عدم کونها لازمه مع شمول ایه وجوب الوفاء بالعقود لها انها حیث صحت مطلقه بدون اجل معین وجب الوفاء بما تضمنت ما دام العقد باقیا لم یفسخ و لا دلاله فی الآیه علی عدم صحه الفسخ فان الآیه المبارکه انما تدل علی اللزوم فی ما اذا کان متعلق العقد متضمنا لمعنی اللزوم کأن یکون مؤجلا الی زمان معین او متضمنا للتملیک بنحو الاطلاق کما فی البیع .

(و لا یصح اشتراط اللزوم أو الأجل فیها)

عند المصنف بمعنی أنه لا یجب الوفاء بالشرط، و لا تصیر لازمه بذلک، و لا فی الأجل بل یجوز فسخها عملا باصاله عدم اللزوم .

(و لکن) اشتراط الأجل (یثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلّا بإذن جدید) لأن التصرف تابع للإذن و لا إذن بعد انتهاء الاجل.

أقول: لا وجه لما قال لعموم المؤمنین عند شروطهم کما و انه لیس شرطا مخالفا للکتاب والسنه او مقتضی العقد حتی لا یصح نعم هو خلاف اطلاق العقد و لا ضیر فیه و علیه فیصح هذا الشرط و یجب الوفاء به تکلیفا لا وضعا لعدم التلازم بین الحکم التکلیفی و الوضعی فیصح الفسخ و ان فعل حراما , ولا ینافی وجوب الوفاء به کون الشرط فی العقد الجائز جائزا و ذلک لان المراد به انه یجب الوفاء

بالشـرط ما دام العقـد باقيا ولا مانع من فسـخ العقـد, و هنا حيث ان الشـرط هو عـدم الفسخ فلا يجوز فسخ العقد لعموم المؤمنين عند شروطهم .

حصیله البحث:

المضاربه جائزةٌ من الطّرفين و يصحّ اشتراط اللّزوم و يجب الوفاء به تكليفا لا وضعا فيصح الفسخ و ان فعل حراما , و مثله اشتراط الأجل فيها و يثمر هذا الشرط المنع من التّصرّف بعد الأجل إلّا بإذنٍ جديدٍ.

و يقتصر العامل من التصرف على ما اذن المالک له

(و يقتصر العامل من التصرف على ما اذن المالك له)

لما تقدم من كونها متقومه بالاذن و لا يحل التصـرف فی مال الغير بدون اذنه و يشـهد لذلک صحيح الحلبیّ، عن الصّادق (عليه السـلام) «فی الرّجـل يعطی الرّجل المال و يقول له: ائت أرض كـذا و كـذا و لا تجاوزها، و اشتر منها؟ قال: فإن جاوزها و هلک المال فهو ضامن و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و إن ربح فهو بينهما»(١).

(و لو أطلق) له (تصرّف بالاسترباح)

فله التصرف فی كل ما يظن فيه حصول الربح للانصرف العرفی الى ذلک .

١- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ٢۴٠ ح١

(و ینفق فی السفر کمال نفقته من أصل المال)

کما فی صحیح علیّ بن جعفر، عن أخیه (علیه السلام) فی المضارب ما أنفق من سفره فهو من جمیع المال و إذا قدم بلده فما أنفق فهو من نصیبه»(۱) وغیره(۲).

و ذهب الشیخ فی المبسوط إلی «أنّ نفقه العامل فی السّفر أیضا من ماله» و لا عبره به و الصحیح ما فی خلافه. و ذهب إلیه الإسکافی و ابن حمزه و الحلیّ، و هو المفهوم من الصدوق و الکلینیّ.

و لیشتر نقدا بنقد البلد بثمن المثل فما دون

(و لیشتر نقدا بنقد البلد بثمن المثل فما دون و لیبع نقدا بثمن المثل فما فوقه)

لأنّ المال مال غیره فلیقتصر فیه علی القدر المتیقّن من رضاه، و بما قال صرّح فی المبسوطین و جوّز المختلف کلّ ما تقتضیه المصلحه , قلت: و هو صحیح لو کان له تمام الاختیار بدلیل الانصراف او غیره .

(و لیشتر بعین المال الّا مع الاذن فی الذمه)

ص:۱۶۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۴۰ ح۴ و التّهذیب فی ۳۳ من أخبار شرکته
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۴۰ ح۹

لأنّه القدر المتيقّن .

قيل: لكنّه لو خالف و ربح يكون له الرّبح بدليل عموم صحيح الحلبی عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «فی الرَّجل يُعطی الرَّجل مالا مضاربةً فيُخالف ما شُرِط عليه قال هو ضامنٌ و الرّبح بينهما»(۱).

قلت: لا عموم فيه للتجاره فی الذمه بل هو ظاهر فی ما لو تاجر بمال المالک.

لو تجاوز ما حد له المالک ضمن

(و لو تجاوز ما حد له المالک ضمن، و الربح على الشرط)

كما تقدم فی صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام: «سألته عن الرّجل يعطی المال مضاربه و ينهی أن يخرج به، فخرج؟ قال: يضمن المال و الرّبح بينهما» و غيره و النصوص به فوق حد الاستفاضه.

ص:۱۶۸

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۹۰ح۲۴

جواز المضاربه بالمال

(و انما تجوز) المضاربه (بالدراهم و الدنانير) كما نسب ذلك إلى المشهور و ادعى عليه الاجماع .

أقول: إنّما الأخبار بلفظ المال كصحيح محمّد بن مسلم، وصحيح الحلبى، و خبر إسحاق بن عمّار، و صحيح الكنانيّ و غيرها، و المال أعمّ منها. و عليه فالصحيح التعميم لمطلق المال و منه الأوراق النقديه لصدق عنوان المال عليها , و الاجماع المدعى- بمعنى الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم (عليه السلام) - لم يثبت تحققه.

نعم يلزم ان يكون رأس المال عينا و ليس دينا، فلو كان لشخص على آخر دين لم يجز جعله مضاربه الاـ بعد قبضه وذلك لقصور فى المقتضى و وجود المانع.

اما القصور فى المقتضى فلان عنوان اعطاء المال المذكور فى صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه و غيرها ظاهر فى دفع العين و لا يشمل الدين. و لا أقلّ من الشك فلا يمكن التمسك بها لإثبات مشروعيتها.

و اما المانع فهو معتبره السكونى عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام) فى رجل له على رجل مال فيتقاضاه و لا يكون عنده فيقول: هو عندك مضاربه، قال: لا يصلح حتى تقبضه منه»(۱).

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۱۸۷ الباب ۵ من أبواب أحكام المضاربه الحديث ۱

لزوم الحصه بالشرط

(و تلزم الحصه بالشرط)

أقول: اتّفقت الأخبار على مشروعيّه المضاربه بلزوم الحصّه دون الأجره و قد تقدم بعضها و لم يعلم وجه مخالفه المفيد و الدّيلميّ.

حصيله البحث:

يقتصر العامل من التّصرّف على ما أذن المالك له، و لو أطلق تصرّف بالاسترباح، و ينفق فى السّفر كمال نفقته من أصل المال، و ليشتر مع اطلاق العقد وعدم الاختيار التام نقداً بنقد البلد بثمن المثل فما دون، و ليبع كذلك بثمن المثل فما فوقه، و ليشتر بعين المال إلّا مع الإذن فى الذّمّه، و لو تجاوز ما حدّ له المالك ضمن، و الرّبح على الشّرط، و تجوز بمطلق المال و منه الأوراق النقديه ولا يشترط فيها الدّراهم و الدّنانير و تلزم الحصّه بالشّرط .

العامل أمين لا يضمن الّا بتعد أو تفريط

(و العامل أمين لا يضمن الّا بتعد أو تفريط)

أقول: استفاضت الاخبار فى ان الأمين لا يضمن الّا بتعد أو تفريط كما تقدم فى كتاب الاجاره .

و اما كون العامل امينا فقد دلت عليه النصوص المتقدمه .

ص:۱۷۰

و اما انه يقبل قوله بلا يمين فافتى به الشيخ و ابن ادريس و نسبه فى المختلف الى سلار و ابى الصلاح .

و ذهب المفيد و المرتضى الى الضمان و به افتى يونس بن عبد الرحمن احد اصحاب الاجماع كما جاء فى ذيل الخبر انه كان يعمل به و يأخذ و هو ظاهر الكلينى و الصدوق فى الفقيه و الروايات على طوائف .

احدها: ما فى صحيح الحلبى «من ان كل اجير يعطى الاجره على ان يصلح فيفسد فهو ضامن»(۱)و مثله غيره(۲) .

قلت: هذه الضابطه لا علاقه لها بالموضوع لانها ناظره الى ان الافساد وقع بيده فهو ضامن لانه مباشر للتلف.

الثانيه: ما فى صحيح الحلبى و غيره عن الصادق عليه السلام ((من ان الامير عليه السلام كان يضمن القصار والصايغ احتياطاً للناس و كان ابى يتطول عليه اذا كان مأموناً))(۳) و قد فسر الحديث بشكلين:

الاول: ان فعل امير المؤمنين عليه السلام كان من باب اعمال ولايته بعنوان انه حاكم فالحديث لا نظر له للحكم الواقعى الاولى.

الثاني: ان الحكم بالضمان حكم اولى و ليست حكماً حكومتياً كما عرفت من افتى بذلك و لا يتوهم معارضته لذيل الحديث من انه كان ابى يتطول عليه حيث

۱- الوسائل باب۲۹ الاجاره ح/۱.
۲- الوسائل باب۲۹ الاجاره ح/۸ و فيه غرمه بما جنت يده و انک دفعته اليه ليصلحه لا ليفسده.
۳- الوسائل باب۲۹ الاجاره ح/۴

ان المراد من ذلک انه مدان شرعاً الّا ان الامام الباقر علیه السلام یتطول علیه بشخصه فی ماله و یتحمل الامام الخساره عنه فهی ظاهره بانه ضامن ومثله صحیحه ابی بصیر التی تضمنت الضمان مطلقا وان ابا جعفر (علیه السلام) کان یتفضل علیه اذا کان مأمونا .

و هذه الطائفه من الروایات غیر قابله للحمل علی الحکم السلطانی.

و اما صحیحه ابی بصیر عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) فی الجمّال یکسر الذی یحمل أو یهریقه قال «ان کان مأموناً فلیس علیه شیء و ان کان غیر مأمون فهو ضامن»(۱) الداله علی التفصیل بین المأمون وغیره ففیها: ان السؤال وقع فیها عن ان الجمال کسر او اهرق المتاع وحکمه معلوم بلا خلاف وهو انه ضامن لان کل من اتلف مال الغیر فهو له ضامن ولا ربط لها بکونه امینا او غیر امین فلا وجه للتفصیل بین المأمون وغیره وبذلک یظهر بطلان هذا التفصیل الذی ذهب الیه بعض المعاصرین بدعوی ان هنالک روایات داله علی هذا التفصیل وهی صحیحه ابی بصیر المتقدمه وقد عرفت الجواب عنها وصحیح جعفر بن عثمان «انه قال حمل ابی متاعاً الی الشام مع جمال فذکر ان حملاً منه ضاع فقال علیه السلام اتتهمه قلت لا قال: فلا تضمنه»(۲) ومثلها غیرها الا انه لا یخفی عدم تمامیه دلالتها وذلک لان قوله (علیه السلام) اتتهمه قلت لا قال: فلا تضمنه» وان کان ظاهرا فی عدم الضمان ابتداءً لکنه بقرینه صحیحی الحلبی وابی بصیر المتقدمین- من ان الاجیر ضامن

۱- الوسائل باب ۳۰ ح/۷.

۲- الوسائل باب ۳۰ ح/۶.

وان كان مأمونا الا ان الامام الباقر كان يتفضل عليه باسقاط الضمان واللذين هما صريحان باستحباب التفضل عليه بعدم تضمينه- يعلم ان الامر بعدم التضمين لاجل الاستحباب حملا للظاهر على الاظهر بل الصريح .

و اما مكاتبه الصفار المتضمنه للتفصيل وقد نسبها الصدوق الى الروايه حيث قال و روى عن محمد بن على بن محبوب و نقل عين الروايه فلا يمكن الاعتماد عليها و ذلك لعدم الوثوق بها حيث اعرض عن العمل بها الاصحاب و قد انفرد بروايتها الشيخ و نسبها الصدوق الى الروايه مع انه له سند صحيح الى كل كتب الصفار عدا بصائر الدرجات , ومثلها فى عدم الموثوقيه ما انفرد بنقلها الشيخ فى التهذيب اعرضنا عن ذكرها .

هذا و تبقى طائفه اخرى قد يتوهم منها المعارضه و عدم الضمان حسب ما تقتضيه القاعده من كونه اميناً والأمين لا يضمن الّا مع التعدى أو التفريط و هى:

صحيحه معاويه بن عمار «سألته عن الصباغ و القصار فقال ليس يضمنان» و خبر غياث ان امير المؤمنين عليه السلام ((اتى بصاحب حمام وضعت انه عنده الثياب فضاعت فلم يضمنه و قال: انه امين)) و خبر اسحاق بن عمار((ان علياً كان يقول لا ضمان على صاحب الحمام ما ذهب من الثياب لانه انما اخذ الجعل على الحمام و لم يأخذ على الثياب)).

و الجواب: ان الصحيحه ناظره الى مقام الثبوت لا الاثبات كما هو الصحيح و هو كون الامين لا يضمن فى الواقع الّا مع التعدى او التفريط .

ص:۱۷۳

هذا وحمله الشيخ على ما اذا كانا مأمونين و فيه ما تقدم من ان كونه مأمونا لا يرفع عنه الضمان .

و اما الخبران فدلالتهما واضحه على انه لم يستأجر على الثياب و انما استأجر على امر اخر و ان الثياب عنده عاريه و لا ضمان فيها بمقتضى هاتين الروايتين , و عليه فالصحيح هو الضمان مطلقا.

و اما ما فى معتبر السكونى «ان امير المؤمنين عليه السلام كان يضمن الصباغ و القصار و الصائغ و لا يضمن من الغرق و الحرق و الشىء الغالب» الدال على الضمان الا من الغرق والحرق و.. وصحيح ابى بصير عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «سألته عن قصّار دفعت اليه ثوبا فزعم انه سرق من بين متاعه، قال: فعليه ان يقيم البينه انه سرق من بين متاعه و ليس عليه شى ء، فان سرق متاعه كله فليس عليه شى ء»(1) الدال على الضمان لمن ادعى سرقته من بين امواله و عدم الضمان لمن ادعى مسروقيه جميع امواله فالظاهر منهما انه يسقط الضمان اذا كانت دعوى التلف مقرونه بالدليل الواضح من الغرق وسرقه جميع الاموال و...

و بقى خبره الاخر المروى فى الفقيه و قد جمع بين البينه و الاستحلاف و لا يخفى انه لم يقل احد من العلماء بالجمع على المدعى المتهم بذلك مضافاً لمخالفته للسنه حيث صح عن الرسول (صلى الله عليه و آله) البينه على من ادعى و اليمين على من انكر و قد حمله البعض على غير موارد الدعوى.

1- وسائل الشيعه ۱۳: ۲۷۲ الباب ۲۹ من أحكام الاجاره الحديث ۵

و اما ما استدل به الشهید الثانی من انه لو لم یقبل قوله لزم تخلیده الحبس فکلام باطل و لا تلازم فی البین فلو لم یقبل قوله یغرم لاغیر.

(و لو فسخ المالک فللعامل) عند المصنف (اجره مثله الی ذلک الوقت ان لم یکن ربح)

و یستدل لذلک بقاعده احترام عمل المسلم و قاعده «لا ضرر و لا ضرار».

واجیب بأنّ العامل أقدم علی عقد جائز یتسلّط فیه المالک علی الفسخ و کان مستحقّا للرّبح لو کان الربح موجودا و حیث لم یکن فلا استحقاق له لانه هو الذی اسقط احترام عمله باقدمه هذا . واما قاعده «لا ضرر و لا ضرار» فلیس المراد منها لزوم تدارک الضرر کما قاله الفاضل التونی بل المراد منها نفی الحکم الضرری و الضرر هنا انما هو لاجل اقدامه و لم ینشأ من حکم الله جل وعلا و علیه فالصحیح انه لا اجره له .

حصیله البحث:

العامل أمینٌ لا یضمن إلّا بتعدٍّ أو تفریط ثبوتاً و اما اثباتاً فلا یقبل قوله بلا یمین، و لو فسخ المالک قیل للعامل أجره مثله إلی ذلک الوقت إن لم یکن ربحٌ و الاقوی عدم الاجره .

ص:۱۷۵

و القول قول العامل فی قدر رأس المال

(و القول قول العامل فی قدر رأس المال، و فی قدر الربح)

لاصاله عدم الزیاده فی کل منهما .

(و ینبغی أن یکون رأس المال معلوما عند العقد)

ذهب الشیخ فی «الخلاف» إلی وجوب معلومیّته، و فی «المبسوط» إلی عدمه. قلت: لا- دلیل علی لزوم المعلومیه ولا- علی موضوعیته فی المضاربه و انما هو لازم عقلا لئلا یحصل من عدمه الظلم علی المالک او العامل .

و لیس للعامل أن یشتری ما فیه ضرر علی المالک

(و لیس للعامل أن یشتری ما فیه ضرر علی المالک کمن ینعتق علیه)

إنّما المالک أعطی المضارب ماله برجاء ربح فکیف یصحّ للمضارب أن یفعل ما فیه فناء رأس ماله؟!.

(و کذا لا یشتری من رب المال شیئا)

إنّما عدم جواز الاشتراء منه لأنّ أصل الثمن منه و أمّا لو کان عند المالک متاع و أراد العامل شراء مثله فأیّ مانع من أن یعطیه مقدار قیمته و یأخذه منه فیکون فی صوره الشراء لا أنّه شراء حقیقه.

ص:۱۷۶

(و لو أذن فی شراء أبیه صح و انعتق و للعامل الأجره)

الصحیح هو التفصیل بین علم العامل و جهله فإنّ العامل إذا کان عالما بالحکم لا یکون له اجره لأنّه أقدم علی ما فیه بطلان عمله، هذا إذا لم یکن ظهر فیه ربح و إلّا فله منه بمقدار حصّته قال فی المبسوط: «إذا اشتری من ینعتق علی ربّ المال بإذنه و کان فیه ربح انعتق و ضمن العامل حصّته من الرّبح، و إذا لم یکن ربح انصرف العامل و لا شی ء له».

و اما اذا کان جاهلا فقد کان المالک هو السبب فی بطلان المضاربه فیستحق الاجره لاحترام عمل المسلم . و لا یتوهم ما تقدم من ان المالک لو فسخها لا یستحق العامل اجره و ذلک لعدم فسخها هنا قبل بطلانها .

(و لو اشتری العامل أبا نفسه صح، فان ظهر فیه ربح انعتق نصیبه و یسعی المعتق فی الباقی)

لصحیحه محمّد بن میسر، عن الصّادق (علیه السلام) الحاکمه باستسعائه من غیر استفصال قال: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): رجل دفع إلی رجل ألف درهم مضاربه، فاشتری أباه و هو لا یعلم، فقال: یقوّم فإذا زاد درهما واحدا أعتق و استسعی فی مال الرّجل»(۱).

ص:۱۷۷

۱- الکافی (فی باب ضمان المضاربه، ۱۱۲ من معیشته فی خبره ۷) و رواه الفقیه فی ۳ من أخبار مضاربته، عن محمّد بن قیس هکذا «و روی عن محمّد بن قیس: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام) - الخبر» و رواه التّهذیب فی ۲۷ من أخبار شرکته عن کتاب الحسین بن سعید، عن ابن أبی عمیر، عن محمّد بن قیس، عنه (علیه السلام) مثل الفقیه، و فی ۱۰۷ هن أخبار عتقه عن کتاب محمّد بن علیّ بن محبوب، عن أیّوب بن نوح، عن ابن أبی عمیر، عن محمّد بن میسّر، عنه (علیه السلام) مثل الکافی، فیعلم أنّ الأصل فی الاختلاف الحسین بن سعید و محمّد بن علیّ بن محبوب و الظاهر أصحیّه الأوّل حیث إنّ التّهذیب و النجاشیّ رویا کتاب محمّد بن میسّر عن ابن أبی عمیر، عنه، و أمّا محمّد بن قیس فقال النجاشیّ: روی کتابه عاصم بن حمید و یوسف بن عقیل و عبید ابنه، و قال رجال الشیخ: روی عنه عاصم بن حمید، کما أنّ الظاهر أنّ محمّد بن قیس إنّما کتابه فی قضایا أمیر المؤمنین (علیه السلام) و الخبر لیس منها، و أیضا المحقّق روایه محمّد بن قیس عن الباقر (علیه السلام) و أمّا عن الصّادق (علیه السلام) و إن نقل إلّا أنّه غیر محقّق، ثمّ الظاهر و هم الفقیه فی قوله «و روی عن محمّد بن قیس» لأنّ طریقه إلیه إنّما هو عاصم و قد عرفت من طریقی الخبر، أنّ الراوی عن الرّاوی إنّما هو ابن أبی عمیر و لو کان الرّاوی محمّد بن قیس.

حصیله البحث:

و القول قول العامل فی قـدر رأس المال و قـدر الرّبـح، و یلزم أن یکون رأس المال معلوماً عنـد العقـد مقـدمه لاعطاء کل منهما حقه، و لیس للعامل أن یشتری ما فیه ضررٌ علی المالک کمن ینعتق علیه، و لو أذن فی شراء أبیه صحّ و انعتق و للعامل الأجره ان لم یکن عالما بانه ینعتق علیه و إذا کان عالما بالحکم لا یکون له اجره إذا لم یکن ظهر فیه ربح و إلّا فله منه بمقدار حصّته، و لو اشتری أبا نفسه صحّ، فإن ظهر فیه ربحٌ انعتق نصیبه و یسعی المعتق فی الباقی.

ص:۱۷۸

(كتاب الوديعه)

اشاره

(و هى استنابه فى الحفظ)

أقول: حقيقه الوديعه انها عقد يتضمن استئمان الغير فى حفظ المال. و يصطلح على الغير بالودعى و المستودع، و على الآخر بالمودع.

اما كونها عقداً فواضح، إذ لا يكفى مجرد إيجاب المودع فى تحققها بل لا بدّ من قبول الودعى و الّا لم يكن له السلطنه على نفسه، و هو خلاف قانون السلطنه.

و مشروعيتها من البديهيات لانعقاد سيره العقلاء و المتشرعه عليها، و للكتاب العزيز الصريح فى ذلك فى موارد متعدده، كقوله تعالى: {إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمٰانٰاتِ إِلىٰ أَهْلِهٰا(۱)} وقوله تعالى {فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِی اؤْتُمِنَ أَمٰانَتَهُ}(۲).

و الروايات فى ذلك كثيره، كصحيحه ابن محبوب عن أبى كهمس: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): عبد اللّه بن أبى يعفور يقرئك السلام قال: و عليك و عليه السلام، إذا أتيت عبد اللّه فاقرئه السلام و قل له: ان جعفر بن محمد يقول لك: انظر ما بلغ به على عند رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله فالزمه، فان عليّا (عليه السلام) انما بلغ ما بلغ به عند رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله بصدق الحديث و اداء الأمانه»(۳) و غيرها.

۱- النساء: ۵۸

۲- البقره: ۲۸۳

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۲، ص: ۱۰۴ح۵

(و تفتقر إلى إيجاب و قبول)

اما افتقار الوديعه الى الايجاب و القبول فهو بمقتضى كونها عقدا.

(و لا حصر فى الألفاظ الدّالّه عليها)

كما هو شأن سائر العقود كما تقدم الكلام عن جمله منها لعدم دليل على لفظ خاصّ، بل كل لفظ يفهم المقصود .

(و يكفى فى القبول الفعل)

و كفايه الفعل انما فيما إذا كان مفهما للقبول والّا فلا يكفى مجرّد أخذه بيده .

و اما دليل الاكتفاء بكل ما يدل عليهما و لو بالمعاطاه فلإطلاق دليل مشروعيتها بعد صدق عنوانها.

و لو طرحها عنده أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعه

(و لو طرحها عنده أو أكرهه على قبضها لم تصر وديعه و مع الإكراه لا يجب حفظها)

و ذلك لعدم صدق عنوان الوديعه - الموقوف على تحقق القبول - كى يجب التحفّظ عليه بعد وضوح ان أموال الغير لا يجب التحفظ عليها ابتداء.

ص:١٨٠

أحكام الوديعه

۱- (و لو قبل الوديعه وجب عليه الحفظ) بما هو المتعارف فی الحفظ لأمثالها، و إذا لم يفعل ذلک يكون مفرّطا.

اما وجوب التحفظ على الوديعه بما هو المتعارف فی أمثالها فلاستبطان قبول الودعی الوديعه تعهّده بذلک.

على ان ردّ الامانه إلى أهلها واجب، و التحفظ المذكور مقدّمه له فيكون واجبا.

۲- (و لا ضمان عليه الّا بالتعدّی أو التفريط)

و ذلک للحديث الصحيح عن النبی صلّى اللّه عليه و آله: «ليس لک ان تتهم من قد ائتمنته و لا تأتمن الخائن و قد جربته»(۱).

و لصحيح الحلبیّ، عن الصّادق (عليه السلام) «صاحب الوديعه و البضاعه مؤتمنان- الخبر»(۲). وبه افتى الفقيه وزاد «و قال فی رجل استأجر أجيرا فأقعده على متاعه فسرق . قال: هو مؤتمن»(۳).

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۲۲۹ الباب ۴ من أحكام الوديعه الحديث ۱۰

۲- الكافی باب ضمان العاريه و الوديعه، ۱۱۱ من معيشته، ح۱

۳- الفقيه فی أوّل وديعته

و صحیح الصفّار قال: «کتبت إلی أبی محمّد (علیه السلام) رجل دفع إلی رجل ودیعه فوضعها فی منزل جاره فضاعت فهل یجب علیه إذا خالف أمره و أخرجها من ملکه، فوقّع (علیه السلام) هو ضامن لها إن شاء اللّه»(۱).

هذا و قول الوسائل هنا: «قال الکلینیّ و قال فی حدیث آخر: إذا کان مسلما عدلا» الدّالّ علی أنّه قاله فی الودیعه فلیس کذلک فإنّما قاله فی العاریه و أنّ بابه لهما و زاد بعد ما مرّ «و قال: إذا هلکت العاریه عند المستعیر لم یضمنه إلّا أن یکون قد اشترط علیه، و قال فی حدیث آخر: «إذا کان مسلما عدلا فلیس علیه ضمان» فتری أنّه مربوط بذیل الخبر فی العاریه لا صدره فی الودیعه.

۳- و لا یحق للودعی التصرف فی الودیعه لحرمه التصرف فی مال الغیر بدون إذنه، بل لا معنی للأذن فی التصرّف و الّا کان المورد عاریه لا ودیعه.

۴- یجب علی الودعی ایصال الودیعه إلی صاحبها لو فسخ و ذلک لوجوب ردّ الامانات إلی أهلها کما دلّ علیه قوله تعالی: {إِنَّ اللّٰهَ یَأْمُرُکُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمٰانٰاتِ إِلیٰ أَهْلِهٰا}(۲).

۵- هذا (فلو أخذت منه قهرا فلا ضمان} لعدم کونه متعدیا او مفرطا .

هذا إلّا أنّ الحلبیّ قال: «إذا أسلمها بیده یضمن و إن خاف التلف» و لا شاهد له.

۱- الکافی باب ضمان العاریه و الودیعه، ۱۱۱ من معیشته، ح۹

۲- النساء: ۵۸

(و لو تمكّن من الدفع وجب) لوجوب حفظها عليه كما تقدم .

(ما لم يؤد الى تحمل الضرر كالجرح و أخذ المال)

لقاعده لا ضرر الداله على نفى الحكم الضررى .

(نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها الظالم فيؤدّى)

لان اليمين مقدمه لوجوب حفظها عليه و الحفظ يتوقف على الحلف كاذبا و المفروض جوازه عند الضروره فيجب بوجوب مقدمه الواجب وتدل عليه ايضا جمله من النصوص:

منها: ما رواه أبو الصباح قال: و اللّه لقد قال لى جعفر بن محمد عليه السلام ان اللّه علم نبيه التنزيل و التأويل فعلمه رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله عليا عليه السلام قال: و علمنا و اللّه ثم قال: ما صنعتم من شى ء أو حلفتم من يمين فى تقيه فانتم منه فى سعه(۱).

و منها: ما رواه زراره قال: قلت لأبى جعفر عليه السلام: نمر بالمال على العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم و يخلون سبيلنا و لا يرضون منا الا بذلك، قال:فاحلف لهم فهو أحل «احلى خ ل» من التمر و الزبد(۲).

۱- الوسائل الباب ۱۲ من ابواب الايمان الحديث: ۲

۲- نفس المصدر الحديث: ۶

و منها: ما رواه زراره قال: و قال أبو عبد اللّه علیه السلام: التقیه فی کل ضروره و صاحبها أعلم بها حین تنزل به(۱).

و منهـا: مـا رواه الحلبی انه سأل أبا عبـد اللّه علیه السـلام عن الرجل یحلف لصاحب العشور یحرز «یجوز خ ل» بـذلک ماله قال: نعم(۲).

و منها: مرسله الصـدوق قال: و قال الصادق علیه السـلام الیمین علی وجهین «الی أن قال: فأما الـذی یؤجر علیها الرجل اذا حلف کاذبـا و لم تلزمه الکفـاره فهو أن یحلف الرجـل فی خلاص امرئ مسـلم أو خلاص ماله من متعـد یتعـدی علیه من لص أو غیره الحدیث(۳).

بطلان الودیعه بموت کل منهما و جنونه و إغمائه

۶- (و تبطل بموت کل منهما)

لانتفاء العقد بموتهما او بموت احدهما .

(و جنونه)

ص:۱۸۴

۱- نفس المصدر الحدیث: ۷

۲- نفس المصدر الحدیث: ۸

۳- نفس المصدر الحدیث: ۹

حیث ان الودیعه امانه عند الودعی و یجب علیه حفظها و حیث ان المجنون لیس علیه تکلیف و لا یجب علیه الحفظ لا یصح ایداعه، و ان شئت قلت لا یترتب علی ایداعه الاثر المترقب فی الودیعه.

(و إغمائه)

عند المصنف و لا دلیل علیه فان بطلانها بالإغماء غیر معلوم و إن طال أیّاما .

وحیث بطلت (فتبقی أمانه شرعیه) لعدم الموجب للضمان .

حصیله البحث:

و هی استنابهٌ فی الحفظ. و تفتقر إلی إیجابٍ و قبولٍ، و لا حصر فی الألفاظ الدّالّه علیهما، و یکفی فی القبول الفعل، و لو طرحها عنده أو أکرهه علی قبضها لم تصر ودیعهً فلا یجب حفظها و لو قبل وجب الحفظ، و لا ضمان علیه إلّا بالتّعدّی أو التّفریط، و لا یحق للودعی التصرف فی الودیعه، و یجب علی الودعی ایصال الودیعه إلی صاحبها لو فسخ, و لو أخذت منه قهراً فلا ضمان، و لو تمکّن من الدّفع وجب ما لم یؤدّ إلی تحمّل الضّرر الکثیر کالجرح و أخذ المال، نعم یجب علیه الیمین لو قنع بها الظّالم فیورّی و تبطل بموت کلٍّ منهما و جنونه لا إغمائه و تبقی أمانهً شرعیّهً.

ص:۱۸۵

و لا یقبل قول الودعی فی ردها إلّا ببینه

(و لا یقبل قول الودعی فی ردها إلّا ببینه)

لانه مدع حیث ان الاصل عدم الرد .

و فی المختلف «قال فی المبسوط: لو ادّعی الردّ کان القول قوله مع یمینه لأنّه أمینه و لا بذل له علی حفظها، بخلاف المرتهن لأنّه یمسکه علی نفسه طلبا لمنفعه نفسه، و هو بنفسه یأخذ الحقّ من رقبه الرّهن و المودع ممسک علی غیر نفسه، حافظ لغیره من غیر فائده» و فیه: کونه امینا لا یکون دلیلا علی صحه دعوی الرد و باقی استدلاله مجرد استحسان .

و لو عین المودع موضعا للحفظ اقتصر المستودع علیه

(و لو عین المودع موضعا للحفظ اقتصر المستودع علیه)

والّا کان متعدیا و جوّز المبسوط نقل المستودع له إلی موضع مثله فی الحفظ اختیارا. و هو کما تری .

(الّا أن یخاف تلفها فیه فینقلها عنه و لا ضمان حینئذ) لوجوب حفظها علیه.

(و تحفظ الودیعه بما جرت العاده به کالثوب و النقد فی الصندوق و الدابه فی الإصطبل و الشاه فی المراح) کلّ ذلک بدلاله العرف.

ص:۱۸۶

عدم صحه استيداع الطفل و المجنون

(و لو استودع من طفل أو مجنون ضمن)

لأنّهما ليسا أهلاً للإيداع حيث ان الوديعه امانه عند الودعى و يجب عليهما حفظها و حيث ان المجنون والصبى ليس عليهما تكليف و لا يجب عليهما الحفظ فلا يصح ايداعهما .

(و يبرء بالرد الى وليهما)

شأن باقى أموالهما لو حصلت بيده.

وجوب إعاده الوديعه على المودع مع المطالبه

٧- (و يجب إعاده الوديعه على المودع مع المطالبه و ان كان كافرا)

لأنّه من ردّ الأمانه و هو واجب حتّى بالنسبه إلى الفاجر و الكافر ما دام ليس غاصبا وذلك لإطلاق قوله تعالى: {إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمانٰاتِ إِلىٰ أَهْلِها}(١).

والاحاديث بذلك متظافره ففى صحيح الحسين بن أبى العلاء، عن الصّادق (عليه السلام): إنّ اللّه تعالى لم يبعث نبيّا إلّا بصدق الحديث و أداء الأمانه إلى البرّ و الفاجر»(٢).

١- النساء: ٥٨

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٢، ص: ١٠٤ح١

و فی الحدیث عن الامام الصادق (علیه السلام): «ادّوا الامانه و لو إلی قاتل الحسین بن علی علیهما السّلام»(۱).

هـذا و التقیید بعدم کون صاحب الودیعه غاصـبا فلان الواجب هو ردّ الامانه إلی أهلها، و ذلک لا یتحقق بالدفع إلی الغاصب بل فعل ذلک موجب للضمان لأنه تعدّ علی الامانه.

(و یضمن لو أهمل بعد المطالبه أو أودعها لغیره من غیر ضروره أو سافر بها أو طرحها فی موضع تتعفّن فیه أو ترک سقی الدّابه أو علفها مالا تصبر علیه عاده أو ترک نشر الثوب للریح أو انتفع أو مزجها)

لأنّ کلّ ذلک إمّا تعدّ أو تفریط، و کلّ منهما موجب للضمان.

و لیرد الودیعه إلی المالک أو وکیله

(و لیرد الودیعه إلی المالک أو وکیله) لانه کالاصیل .

(فان تعذر فالحاکم الشرعی) لولایته کما تقدم فی کتاب البیع .

واما تقیید المصنف لها بقوله: (عند الضروره إلی ردها) فلا شاهد له و یرده عموم ولایه الحاکم .

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۲۲۴ الباب ۲ من أحکام الودیعه الحدیث ۱۲

هذا وقال الحلیّ: «إن مات المستودع و له ورثه و لم یتّفقوا علی أحد فالأولی دفعها إلی الحاکم لأنّ الودعی لا یجوز له قسمتها» قلت: بل الاقوی لانه یجب رد المال الی مالکه واذا کان مشترکا ولم یکن الشرکاء بعضهم وکیلا عن الاخر فالدفع الیهم کالدفع الی الاجنبی .

حصیله البحث:

لا یقبل قول الودعیّ فی رد الودیعه إلّا ببیّنهٍ، و لو عیّن موضعاً للحفظ اقتصر علیه إلّا أن یخاف تلفها فیه فینقلها عنه و لا ضمان, و تحفظ الودیعه بما جرت العاده به، و لو استودع من طفلٍ أو مجنونٍ ضمن و یبرأ بالرّدّ إلی ولیّهما، و تجب إعاده الودیعه علی المودع، و لو کان کافراً و یضمن لو أهمل بعد المطالبه، أو أودعها من غیر ضرورهٍ أو سافر بها کذلک أو طرحها فی موضعٍ تتعفّن فیه أو ترک سقی الدّابّه أو علفها ما لا تصبر علیه عادهً أو ترک نشر الثّوب للرّیح أو انتفع بها أو مزجها، و لتردّ إلی المالک أو وکیله فإن تعذّر فالحاکم .

و لو أنکر الودیعه حلف

(و لو أنکر الودیعه حلف) منکرها لأصاله البراءه (و لو أقام) المالک (بها بینه قبل حلفه ضمن) لأنه متعد بجحوده لها (إلّا أن یکون جوابه لا تستحق عندی شیئا و شبهه)

ص:١٨٩

كقوله: ليس لك عندى وديعه يلزمنى ردها و لا عوضـها، فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعى التلف يقبل قوله بيمينه أيضا، و لإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقه .

القول قول الودعى فى القيمه

(و القول قول الودعى فى القيمه لو فرط)

لأصاله عـدم الزياده عما يعترف به, و ذهب الشـيخان و ابن زهره إلى أنّ القول قول المالك، و أنكره الحلىّ على الشّـيخ و جعله روايه كمـا أنّ الحلبىّ أيضـاً قـال به روايه لكن لم نقف على روايه فيه(١)، و يمكن أن يكون مسـتند الشـيخين أنّه خرج بالتفريط عن الأمـانه، و يضـعف ان قبول قول الودعى ليس مبنيـا على أنه أمين حتى يقبـل قوله حين كونه أمينا و لم يفرط فى الأمانه، و لا يقبل قوله عند خروجه عن الأمانه بسبب التفريط، بل إنما يقبل قوله لكونه منكرا للزياده.

إذا مات المودع سلمها الى وارثه أو الى من يقوم مقامه

(و إذا مات المودع سـلمها الى وارثه أو الى من يقوم مقامه و لو سـلمها الى البعض ضـمن) للباقين بنسـبه حصـتهم لأنّه سلّم مال شخص إلى غيره بغير إذنه.

(و لا يبرء بإعادتها إلى الحرز لو تعدى أو فرط)

ص:١٩٠

١- النجعه فى شرح اللمعه؛ ج ٨ ص: ١٠٣

لأنّ الدّليل على أمينّته ما دام لم يتعدّ و لم يفرّط.

قبول قوله بيمينه فى الرد

(و يقبل قوله بيمينه فى الرد)

الى الحرز و لكن الفقيه بعد نقل صحيح إسحاق بن عمّار فى اختلافهما فى كون المال وديعه أو قرضا قال: «مضى مشايخنا على أنّ قول المودّع مقبول فإنّه مؤتمن و لا- يمين عليه»(۱) و أفتى فى المقنع بعدم اليمين عليه إذا ادّعى السرقه و الضياع، و قال: و سئل الصّادق (عليه السلام) عن المودع هل يقبل قوله إذا كان غير ثقه؟ قال: نعم».

و فى النهايه «و لا يمين على المودع بل قوله مقبول فإن ادّعى المستودع أنّ المودع قد فرّط أو ضيّع، كان عليه البيّنه، فإن لم يكن معه بيّنه كان على المودع يمين».

و فى الوسيله «و إذا ادّعى من عنده الوديعه هلاكها، قبل قوله بغير يمين ما لم يظهر منه خيانه فإن ادّعى عليه التفريط من غير بيّنه لزمه اليمين إن لم يفرّط».

و بالجمله فى ادّعائه السرقه و التلف أفتى الصدوق و ابن حمزه بعدم اليمين و أفتى الشيخ فى النهايه باليمين عليه إذا ادّعى عليه التفريط و التعدّى، و مثله ابن زهره، و قال الإسكافىّ و الحلبىّ باليمين عليه إذا ادّعى الضياع و التلف .

۱- الفقيه فى ۶ من أخبار الوديعه

أقول: مقتضى القاعده فى القضاء ان اليمين على من انكر كما ثبت ذلك عن الرسول الاكرم (ص) فالحكم بعدم اليمين مخالف للسنه القطعيه.

حكم الاختلاف فى الدّين و الوديعه

هذا: و لم يذكر المصنّف حكم الاختلاف فى الدّين و الوديعه، فلو اختلفا فيه فالمقدّم قول المالك، كما فى صحيح إسحاق بن عمّار، عن الصّادق (عليه السلام) «فى رجل قال لرجل: لى عليك ألف درهم، فقال الرجل: لا و لكنّها وديعه، فقال أبو عبد اللّه (عليه السلام): القول قول صاحب المال مع يمينه»(۱).

وصحيحه الاخر أيضا سألت أبا الحسن (عليه السلام) «عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرّجل كانت عندى وديعه و قال الآخر: إنّما كانت عليك قرضا قال: المال لازم له إلّا أن يقيم البيّنه أنّها كانت وديعه»(۲) و العمل عليهما و تشكيك ابن ادريس لا اعتبار به.

۸- و من احكام الوديعه ان عقدها جائز من الطرفين الّا اذا كان مؤجلا بأجل معلوم فانه يلزم الوفاء آنذاك، و لا تنفسخ الوديعه مع الفسخ .

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۸ ح۳ و رواه التّهذيب فى ۳۴ من أخبار رهونه.
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۹ح۸ و رواه التّهذيب فى أوّل وديعته عنه مثله، و لكن رواه الفقيه فى ۶ من أخبار وديعته، عنه عن الصّادق (عليه السلام) مع اختلاف فى اللّفظ ففيه «فقال له الرّجل: إنّما كانت عليك قرضا، و قال الآخر إنّما كانت وديعه» .

اما ان عقد الودیعه جائز مع عدم الشرط فذلک واضح بلحاظ المودع لأنه من ناحیته لا یعدو الاذن فی حفظ ماله، و للآذن حق التراجع عن اذنه متی شاء وکذلک من جهه الودعی فلا یحتمل لزومها علیه کما علیه سیره العقلاء و المتشرعه و الّا للزمت علیه مدی العمر و لا یقول به احد.

و اما مع الشرط فلا وجه لجواز تراجع الودعی قبل انتهاء الاجل ما دام العقد قد حدّد به و ذلک لما تقدم من ان قوله تعالی {اوفوا بالعقود} دال علی وجوب الوفاء بما تضمنه العقد و اما دعوی التسالم علی عدم وجوب الوفاء کما قال صاحب الجواهر: «و هو- التسالم- الحجّه فی تخصیص الآیه و غیرها من أدلّه اللزوم»(۱). ففیه: ان المسأله غیر معنونه فی کتب المتقدمین فکیف حصل فیها التسالم کما و ان کبری التسالم غیر منقحه فی علم الاصول فهل المراد منه الشهره او ما فوقها کما ذکر السید الخوئی وکلاهما من سنخ الشهره الفتوائیه والمعروف بین المعاصرین عدم حجیتها فکیف یستدلون بالتسالم؟

و اما عدم تحقق الفسخ مع مخالفه الشرط فلان العموم السابق ناظر الی الأثر الوضعی کما هو ناظر الی الحکم التکلیفی لان الآیه المبارکه ظاهره فی امضاء العقود .

۱- جواهر الکلام ۲۷: ۱۰۶

حكم فسخها

و لو فسخ الودعی فی موارد جوازه لزمه ایصال المال إلی صاحبه فورا، و إذا لم یفعل ذلک من دون عذر شرعی و تلف یکون ضامنا لصدق التفریط فی أمر الودیعه بعد خروج یده عن کونها امانیه لانتفاء العقد بالفسخ .

۹- و من أحسّ بامارات الموت یلزمه ایصال الودیعه إلی صاحبها أو وکیله، و إذا لم یمکنه ذلک یلزمه الایصاء بها و العمل بما یضمن به وصولها إلی صاحبها بعده و ذلک لانه مقتضی التحفظ الواجب فی أمر الامانه، و من دونه یصدق التفریط.

۱۰- هذا و تنقسم الامانه الی قسمین: مالکیه و شرعیه، و الحکم فی کلیهما واحد.

و انقسامها إلی مالکیه و شرعیه واضح إذ المودع تاره هو المالک فتکون الامانه مالکیه، و اخری هو الشارع فتکون شرعیه، کما فی باب اللقطه، حیث اذن الشارع بالالتقاط و التحفظ علی المال کأمانه.

و اما وحده حکم القسمین فلانه بعد صدق عنوان الامانه فی کلیهما ینبغی تطبیق جمیع أحکامه علیهما.

حصیله البحث:

لو أنکر الودیعه حلف، و لو أقام بها بیّنهً قبل حلفه ضمن إلّا أن یکون جوابه: لا یستحقّ عندی شیئاً، و شبهه و القول قول الودعیّ فی القیمه لو فرّط، و إذا مات المودع سلّمها إلی وارثه أو إلی من یقوم مقامه و لو سلّمها إلی البعض ضمن

للباقی، و لا یبرأ بإعادتها إلی الحرز لو تعدّی أو فرّط و یقبل قوله بیمینه فی الرّدّ. و لو اختلفا فی الدّین و الودیعه، فالمقدّم قول المالک, و عقد الودیعه جائز من الطرفین الّا اذا کان مؤجلا بأجل معلوم فانه یلزم الوفاء به و لا تنفسخ الودیعه مع الفسخ . و لو فسخ الودعی فی موارد جوازه لزمه ایصال المال إلی صاحبه فورا، و إذا لم یفعل ذلک من دون عذر شرعی و تلف یکون ضامنا , و من أحسّ بامارات الموت یلزمه ایصال الودیعه إلی صاحبها أو وکیله، و إذا لم یمکنه ذلک یلزمه الایصاء بها و العمل بما یضمن به وصولها إلی صاحبها بعده , هذا و تنقسم الامانه الی قسمین: مالکیه و شرعیه، و الحکم فی کلیهما واحد .

(کتاب العاریه)

اشاره

حقیقه العاریه: «العاریه عقد تتضمن تسلیط شخص غیره علی عین للانتفاع بها مجانا».

أقول: جواز الانتفاع بملک الغیر یتحقق تاره من خلال اذن الشخص بالتصرف فی ملکه، و هو بهذا اللحاظ عاریه معاطاتیه حیث حصل فیها القبول من الطرف الثانی بفعله، و اخری من خلال العاریه القبول الحاصل بالالفاظ المفهمه.

و فرق العاریه عن الاجاره ان الثانیه تملیک للمنفعه بعوض و الاولی تملیک للانتفاع مجانا.

ص:۱۹۵

و مشروعیه العاریه من واضحات الفقه، و تدل علی مشروعیتها سیره العقلاء و المتشرعه و الروایات الکثیره، کصحیح أبی بصیر عن أبی عبد اللّه (علیه السلام): «بعث رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله إلی صفوان بن امیه فاستعار منه سبعین درعا باطراقها (باطرافها) فقال: أ غصبا یا محمّد؟ فقال النبیّ صلّی اللّه علیه و آله: بل عاریه مضمونه»(۱) و غیره.

و هی جائزه من الطرفین الّا اذا کانت الی مده معینه و ذلک لانها ترجع إلی الاذن فی التصرف، و للآذن التراجع عن اذنه متی أحب .

و اما انه مع اشتراط عدم الفسخ مده معینه لا یجوز فسخها تکلیفا و لا تنفسخ اذا فسخ فلما تقدم عند البحث عن الودیعه.

نعم مع اشتراط عدم الفسخ یحرم فسخها تکلیفا لعموم المؤمنین لا وضعا لان الشرط خارج عن العقد فلو فسخ صح الفسخ و ان فعل حراما .

ثم لا یخفی توقف العاریه علی الایجاب و القبول لکونها عقدا (و لا حصر أیضا فی ألفاظها) بل تتحقق بکل ما یدل علیها و لو بالمعاطاه تمسکاً باطلاق دلیل شرعیتها بعد فرض صدق عنوانها.

حصیله البحث:

ص:۱۹۶

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۲۳۶ الباب ۱ من أحکام العاریه الحدیث ۱

تتحقق العاريه بكل ما يـدل عليها و لا حصـر أيضا فى ألفاظها و هى جائزه من الطرفين الّا اذا كانت الى مده معينه نعم مع اشتراط عدم الفسخ يحرم فسخها تكليفا لا وضعا فلو فسخ صح الفسخ و ان فعل حراما .

شرائط المعير

(و يشترط كون المعير كاملا جائز التصرّف)

بالبلوغ والعقل والرشد كما هو شأن العقود و الّا كان محجورا عليه كما تقدم فى كتاب الحجر .

(و تجوز اعاره الصبى بإذن الولى)

كمـا يجوز بـاقى معاملا ـته بـإذن الوليّ، لكن لو كـان الصبيّ يتيمـا فلاـ يجوز للوليّ نفسه إعاره مال اليتيم لأنّ العاريه فى معرض التلف، و الانتقاص بناءً على اشتراط المصـلحه او عـدم المفسده فى افعال الولى لكن الاقوى الجواز لعدم اشتراطهما وتحقيقه فى العنوان الاتى .

هل يشترط فى تصرف الولى المصلحه أو يكفى عدم المفسده أم لا؟

و هل يشترط فى تصـرف الولى المصلحه أو يكفى عدم المفسده أم لا يعتبر شى ء منهما؟ قال بالأول الشيخ حيث قال: و من يلى أمر الصغير و المجنون خمسه: الأب، و الجدّ، و وصىّ الأب و الجدّ، و الحاكم، و من يأمره، ثمّ قال: و كلّ

هؤلاء الخمسه لا يصحّ تصرّفهم إلّا على وجه الاحتياط و الحظّ للصغير؛ لأنّهم إنّما نُصبوا لذلک، فإذا تصرّف فیه على وجهٍ لا حظّ فیه کان باطلًا؛ لأنّه خلاف ما نصب له(۱). انتهى.

و ذهب الشیخ الأنصاری إلى الثانی وحکى الثالث عن بعضهم وهو الاقوی .

وقد استدلّ الشیخ الاعظم لعدم اشتراط المصلحه وعدم المفسده باطلاق ما ورد من « أنت ومالک لأبیک » کما فی روایه سعد بن یسار(۲)، و أنّه و ماله لأبیه، کما فی النبویّ المشهور(۳)، و صحیحه ابن مسلم: «أنّ الوالد یأخذ من مال ولده ما شاء»(۴)، و ما فی العلل عن محمد بن سنان عن الرضا صلوات اللّه علیه: من أنّ علّه تحلیل مال الولد لوالده؛ أنّ الولد موهوب للوالد فی قوله تعالى {یَهَبُ لِمَنْ یَشٰاءُ إِنٰاثاً وَ یَهَبُ لِمَنْ یَشٰاءُ الذُّکُور}(۵)»(۶) ومن الظاهر أنّ تصرّفات الإنسان فی مال نفسه لا تشترط بالمصلحه أو عدم المفسده بل هی صحیحه ونافذه مطلقاً.

۱- المبسوط ۲: ۲۰۰

۲- الوسائل ۱۲: ۱۹۶، الباب ۷۸ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۴

۳- الوسائل ۱۲: ۱۹۵، الباب ۷۸ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۱ و ۲

۴- الوسائل ۱۲: ۱۹۵، الباب ۷۸ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث الأوّل

۵- علل الشرائع: ۵۲۴، الباب ۳۰۲، و عنه الوسائل ۱۲: ۱۹۷، الباب ۷۸ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۹، و الآیه من سوره الشورى: ۴۹.

۶- کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط - الحدیثه)؛ ج ۳، ص: ۵۳۷

و فیه: أنّ هـذه الأخبار بأجمعها أجنبیه عن الولایه ولا دلاله لها علی اشتراطها أو عـدم اشتراطها بشـیء وتوضـیح ذلک: أنّ المراد من قوله علیه السلام «أنت ومالک لأبیک» لیس هو الملک قطعاً، إذ لا معنی لأن یکون الولد ملکاً لوالده، وإلّا فیصیر کالعبد ولا یتملّک شیئاً، نعم لو لم تشـتمل الروایه علی لفظه أنت لکان احتمال الملک ممکناً إلا أنّک عرفت أنّ الروایه مشـتمله علی لفظه أنت، ومعه لا یبقی مجال لهذا الاحتمال، هذا.

مضافاً إلی أنّ ذلـک ینـافی ما ورد من أنّ الولی أعنی الأب والجـد یجوز أن یقترض من مال الولد(۱) أو أنه یقوّم جـاریه الابن علی نفسه(۲) إذ لو کـان الولـد وماله ملکاً لهما فلا یحتاج إلی الاقتراض بل هو ماله، کما لا یکون حینئـذ معنی لتقویم الجاریه و لعلّه ظاهر فاحتمال إراده الملک مقطوع الفساد .

کمـا أنّ المراد منهـا لیس هو الولاـیه بمعنی أنت و مالـک تحت تصـرّف أبیـک و ذلک لأنّ بعضـها ورد فی الکبیر کالروایه(۳) المتضـمّنه لشـکایه الولـد إلی النبی صـلّی الله علیه وآله من أبیه وما ورد فی تزویج الجد للبنت معلّلا بأنّ البنت و أباها للجد ومن المعلوم أنّ الکبیر لا معنی للولایه علیه، فهذا الاحتمال أیضاً مندفع .

و أمّـا احتمـال إراده الملک تنزیلا بمعنی أنّ الولـد وماله وإن لم یکونا مملوکین للأب حقیقه إلّا أنّهما فی حکم الملک بالنسـبه إلیه، فهو أیضاً مندفع بأنّ ذلک ینافی

۱- الوسائل ۱۷: ۲۶۴ / أبواب ما یکتسب به ب۷۸ ح۶

۲- الوسائل ۱۷: ۲۶۳ / أبواب ما یکتسب به ب۷۸ ح۳

۳- الوسائل ۱۷: ۲۶۵ / أبواب ما یکتسب به ب۷۸ ح۸

الاقتراض من مال الولد وتقويم جاريته على نفسه لأنّ الإنسان لا يقترض من مال نفسه ولا يقوّم ماله على نفسه .

و أمّا احتمال إراده الانتفاع بمال الولد ونفسه بمعنى أنّ الوالد يجوز له الانتفاع من الولد وماله، فهو وإن كان صحيحاً فى حدّ نفسه إلّا أنه لا دلاله فيه على الولايه لأنّ جواز الانتفاع أمر غير الولايه على الولد كما هو ظاهر .

فتحصّل: أنّ هذه الأخبار لا دلاله فيها على الولايه ولا على تقييدها واشتراطها بشيء .

و التحقيق فى معنى الحديث أن يقال: إنه ناظر إلى أمر أخلاقى ناشئ من الأمر التكوينى، وذلك الأمر التكوينى هو أنّ الله تعالى قد وهب الولد لوالده كما هو مقتضى قوله تعالى {يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثاً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ}(١) فهو موهوب و هديه من الله لوالده كما ورد فى عدّه روايات(٢) سئل فيها عن وجه حلّيه مال الولد لوالده دون العكس فأجابه عليه السلام بأنّ الولد موهوب إلهى للأب ومقتضى الهديه فى مقابل المشاق التى احتملها الأب وتوسّل إلى الله تعالى فى طلب الولد أن لا يمنعه الولد عن التصرف فيه وفى ماله، فلا علاقه لتلك الروايات بالولايه كما لا يخفى .

و استدلّ أيضاً على عدم اعتبار شيء من الأمرين فى ولايتهما باطلاق ما دلّ على ولايه الأب والجدّ على تزويج البنت وتقديم تزويج الجد على تزويج الأب فيما إذا زوّجا البنت من شخصين فى زمان واحد معلّلا بأنّ الأب وماله للجدّ، فولايه

١- الشورى ٤٢: ٤٩

٢- الوسائل ١٧: ٢٦٦ / أبواب ما يكتسب به؛ ب٧٨ ح٩

الجدّ أقوی من ولایه الأب فی النکاحکما فی موثق عبید بن زراره قال: قلت لابی عبد الله (علیه السلام) « الجاریه یرید ابوها ان یزوجها من رجل و یرید جدها تزویجها من رجل فقال:« الجد أولی بذلک ما لم یکن مضاراً ان لم یکن الاب زوجها قبله و یجوز علیها تزویج الاب و الجد » والروایه و ان کانت فی النکاح الّا انه لا خصوصیه له اولاً و یشمل باقی الموارد بطریق اولی.

و فیه: انهمعارض بموثق الفضل بن عبد الملک عن الصادق (علیه السلام) « قال: ان الجد اذا زوج ابنه ابنه و کان ابوها حیاً و کان الجد مرضیاً جاز، قلنا: فان هوی ابو الجاریه هوی و هوی الجد هوی و هما سواء فی العدل و الرضا قال: « احب الیّ ان ترضی بقول الجد»(۱) و هو صریح انها لا ینفذ امره فیها من دون رضاها .

أقول: و یشهد لذلک أیضاً صحیح محمد بن مسلم عن احدهما (علیه السلام) قال « اذا زوّج الرجل ابنه ابنه فهو جائز علی ابنه »(۲) فان الظاهر منه ان الجد امره علی ولده نافذ لا علی اولاد اولاده کما تقدم تفصیل ذلک فی کتاب البیع(۳).

فالحاصل: أنّ هذه الأخبار لا یستفاد منها عدم اشتراط التصرّف بالمصلحه و عدم المفسده. وقد یقال: أنّها علی تقدیر إطلاقها ودلالتها علی عدم الاشتراط نقیّدها بصحیحه أبی حمزه الثمالی عن أبی جعفر علیه السلام: «قال: قال رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله لرجل: أنت و مالک لأبیک، ثمّ قال: لا نحبّ أن یأخذ من مال ابنه

۱- وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص: ۲۹۰ح۴

۲- وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص: ۲۸۹ح۱

۳- الدرر الفقهیه ج۱۰ ص۶۸

إلّا ما يحتاج إليه ممّا لا بدّ منه؛ إنَّ اللّهُ لا يُحِبُّ الْفَسٰادَ»(۱) فإنّ الاستشهاد بالآیه یدلّ علی إراده الحرمه من عدم الحبّ دون الکراهه، و أنّه لا یجوز له التصرّف بما فیه مفسده للطفل. فهیدالّه علی تقیید التصرف فی مال الابن بصوره الحاجه مذیّله بقوله تعالی (واللهُ لاَ یُحِبُّ الْفَسَاد) فإنّ معناه أنّ الله یبغض الفساد لا أنه یکرهه، إذ لا معنی لکراهه الفساد، فتکون هذه الصحیحه دلیلا علی حرمه التصرف من دون مصلحه أو مع وجود المفسده فیکون موجباً لتقیید هذه الأخبار المتقدّمه علی تقدیر إطلاقها ودلالتها علی عدم الاشتراط .

و فیه: ان الصحیحه اجنبیه بالمره عن ما نحن فیه من ولایه الاب علی اموال صغیره بل هی وارده فی الأخذ من مال ابنه مما یحتاج إلیه ممّا لا بدّ منه حسب منطوقها وان کان ابنه بالغا کما هو موردها من خطاب النبی (صلی الله علیه و آله) له انت..الخ .

ثمّ إنّهم استدلّوا علی اشتراط المصلحه فی الولایه بوجوه:

الأول: أنّ نفس جعل الولایه فی حقّ الصغیر والمجنون وغیرهما یقتضی اشتراطها بالمصلحه، لأنّ معناه أن یباشر الولی اُمور المولّی علیه لأجل أن یعود نفعها إلی ذلک المولّی علیه بأن یبیع داره لأجل مصلحته ویشتری له شیئاً لدفع مفسدته، لا أن تجعل الولایه للتصرف فی مال المولی علیه بلا مصلحه وصرفه فیما لا ینبغی له، وکیف کان فالحکمه فی جعل الولایه هی مصلحه الطفل والمولّی علیه وإلاّ

۱- الوسائل ۱۲: ۱۹۵، الباب ۷۸ من أبواب ما یکتسب به، الحدیث ۲، و الآیه من سوره البقره: ۲۰۵.

فیکون أصل تشریعها لغواً، فمقتضی نفس جعل الولایه أن یراعی مصلحه المولّی علیه، ولعلّ ذلک ظاهر .

و فیـه: أنه مجرد اسـتحسان ویبتنی علی ان جعـل الولاـیه کـان بالاضـافه إلی مصـالحه فقـط، وهـو اول الکلاـم ولعله کـان جعلها بملاـحظه کـل واحـد من الطرفین اولأجل احترام الولی، لأنّ المولّی علیه موهوب له کما ورد فی الأخبار من أنّ الولـد هبه لأبیه، فإنّما جعل الولایه له حفظاً لاحترامه ومصالحه ولأجل التصـرّف فی مال المولّی علیه وحفظه، فلا یقتضـی جعل الولایه للأب مثلا رعـایه مصالـح المولّی علیه فی جمیع التصـرّفات، ولاـ وجه لتقییـد أدلّتها مع أنّها مطلقه فی مقام الاثبات، بل ثبت أنّ الولی له أن یأکـل من مـال الطفـل عنـد الحاجه إلیه وإن کان ذلک علی خلاف مصـلحه الصـغیر، وذلک لأنّ نفقه الوالـدین علی الولـد عند الاعسار کما أنّ نفقه الولد علی الأبوین .

الوجه الثـانی: الاجماع علی اشتراط الولایه بالمصـلحه فی التصـرف ففی مفتاح الکرامه(۱) اسـتظهر الإجماع تبعاً لشیخه فی شرح القواعد(۲) علی إناطه جواز تصرّف الولیّ بالمصلحه. و قال الحلیّ فی السرائر: لا یجوز للولیّ التصرّف فی مال الطفل

۱- مفتاح الکرامه ۴: ۲۱۷، و فیه: و هذا الحکم إجماعی علی الظاهر.

۲- حاشیه القواعد (مخطوط): الورقه ۷۱ ذیل قول العلّامه: مع المصلحه للمولّی علیه و فیه: و ظاهرهم الإجماع علی ذلک.

إلّا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل، دون المتصرّف فيه، و هذا الذى يقتضيه أَصول المذهب(۱). انتهى.

و قد حكى عن الشهيد فى حواشى القواعد: أنّ قطب الدين نقل عن العلّامه: أنّه لو باع الولىّ بدون ثمن المثل، لِمَ لا يُنزَّل منزله الإتلاف بالاقتراض؟ لأنّا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إتلافه، قال: و توقّف زاعماً أنّه لا يقدر على مخالفه الأصحاب(۲).

و يدفعه: أنّ المحصّل منه غير حاصل والمنقول منه ليس بحجّه على وانه بين المتأخرين. مضافاً إلى كثره المخالف فى المسأله، وقد ذهب بعضهم إلى عدم اعتبار شىء من المصلحه وعدم المفسده .

الوجه الثالث: قوله تعالى (وَلاَ تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ)(۳)والأحسن إنّما يتحقّق بالمصلحه، فإن قلنا إنّ اليتيم عباره عن خصوص من مات أبوه فلا تشمل الآيه الأب كما هو ظاهر وتشمل الجدّ فقط عند فقدان الأب، فإذا ثبت اشتراط الولايه فى الجد بالمصلحه فنثبته فى ولايه الأب بطريق أولى، لأنّ ولايه الجد أقوى من ولايه الأب عند المزاحمه، فإذا ثبت أمر فى القوى فيثبت فى الضعيف بالأولويه .

۱- السرائر ۱: ۴۴۱

۲- حكاه السيّد العاملى فى مفتاح الكرامه ۴: ۲۱۷

۳- الأنعام ۶: ۱۵۲

و فيه: ان الآيه تختص باليتيم - لو تمت دلاله الآيه المباركه- ولا يمكن التعدى عنه مضافا الى ما تقدم من الاشكال فى ولايه الجد و اقوائيتها .

و اما دلاله الآيه المباركه فالظاهر عدم دلالتها لأنّها نظير قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)(۱) و ليس مفادها غير مفاد هذه الآيه المباركه، و معنى القرب يختلف باختلاف الموارد ففيما إذا اُضيف إلى فعل من الأفعال كما إذا قيل: لا تقربوا من شرب الخمر أو لا تقرب الزنا ونحو ذلك فمعناه لا تفعله ولا تأت به و إذا اُضيف إلى جنس من الأجناس كما فى قوله تعالى {لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيم}(۲) أو لا تقرب المزمار وآلات الغناء فمعناه أن لا تجعله تحت يدك و لا تملكه بالأكل و التصرف فيه، والظاهر أنّ اليتيم فى الآيه إنّما ذكر من أجل أنّ الغالب أنّهم يتقرّبون من أموال اليتامى و يأخذونها لعدم تمكّن اليتيم من الدفع عن نفسه و إلّا فلا خصوصيه لليتيم أبداً .

ثمّ إنّ الباء فى قوله تعالى (إِلاَّ بِالَّتِي) سببيه كما فى قوله تعالى {لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ} و قد حذف متعلّقها وهو الطريقه الوسطى كما يشهد له تأنيث الموصول، ولا يراد به التقرّب الأحسن، فمعنى الآيه لا تأكلوا و لا تقربوا أموال اليتامى إلّا بالطريقه الوسطى وهى طريقه الإسلام فهو الظاهر من الآيه، بمعنى أنه لا تأكلوها إلّا بمجوّز شرعى الذى هو الطريقه الإسلاميه، فمساق الآيه مساق قوله تعالى (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) وعليه فالآيه أجنبيه عن

۱- النساء ۴: ۲۹

۲- الأنعام ۶: ۱۵۲

الولایه بالکلّیه، وذلک لأنّ التصـرّف فی مال الیتیم بالبیع ونحوه لیس تقرّباً لأنّ معنی التقرّب هو الأکل والتملّک لا البیع والشـراء وأمثالهما، والنهی فی المقام تکلیفی قـد تعلّق بالتقرّب بالمعنی المذکور ولا علاقه له بالحکم الوضـعی من الصـحّه والفساد أبداً، وعلی تقدیر أنّ النهی أعمّ من التکلیفی والوضـعی أیضاً فقد عرفت أنّ التقرّب لا یشـمل أمثال التصرّف بالبیع ونحوه ولعلّه ظاهر، وعلیه فالأخبار الوارده فی ولایه الأب والجد الدالّه تبقی بلا مقید.

و الحاصل عدم الدلیل علی اشتراط المصلحه و لا عدم المفسده فی ولایه الولی .

بقی الکلام فی أنّ المصلحه أو عدم المفسده بناءً علی اعتبارهما فی ولایه الأب و الجدّ هل الاعتبار بوجودهما الواقعی أو المعتبر فیهما هو المصـلحه أو عدم المفسده بوجودهما الاحرازی، و تظهر الثمره فیما إذا تصـرّف فی مال الصغیر بقصد المصلحه و عدم المفسده فظهر أنه کان فاسداً فی الواقع، أو أنه تصرّف فیه بقصد الافساد ثمّ ظهر أنه علی وفق مصلحه الطفل فهل یحکم بالصحّه أو بالفساد ؟ الصحیح هو الاول وهو الاعتبار بوجودهما الواقعی لکون الحکم معلق علی ما هو الواقع کما هو ظاهر الدلیل.

اشتراط کون العین مما یصح الانتفاع بها

(و کون العین مما یصح الانتفاع بها مع بقائها)

ص:۲۰۶

و ذلـك لاـنه بـدون بقاء العين لا يمكن تمليك الانتفاع , نعم يكفى فى المعير ان يكون مالكا للمنفعه وذلك لان التسـليط على الانتفاع لا يتوقف على ملكيه العين بل تكفى فيه ملكيه المنفعه ما دام لم يشترط استيفاؤها بالمباشره.

هذا و قد يسـتثنى من العاريه المنحه و هى الشّاه المسـتعاره للحلب الّا أن يقال: إنّ الاستعاره إنّما هى فى الشاه لا فى اللّبن، و لبنها و إن كان عينا إلّا أنّ العرف يعدّه منفعه .

أقول: الصـحيح أنّ المنحه عنوان مسـتقلّ غير عنوان العـاريه فلاـ علاـقه لاحـدهما بالاـخر وهى - كما يفهم من اسـمها - نوع من الهديه .

و للمالک الرجوع فيها متى شاء

(و للمالک الرجوع فيها متى شاء) لانها عقد جائز .

(الّا فى الإعاره للدفن بعد الطم)

أقول: لا معنى لأصل الإعاره للـدّفن لأنّ لازم العاريه الرّدّ و لا يجوز النبش و إنّما هو إجازه للـدّفن فى أرضه و معلوم أنّ من دفن يبقى فى مدفنه، و الأصل فى ما ذكره المبسوط، و مثله ما لو أعاره لوحا رقع به سفينته فى لجج البحر فلا رجوع له إلى أن يمكنه الخروج إلى الشاطى ء أو إصـلاحها فان العاريه فى مثله أنّما تكون إلى موضع يمكنه الخروج أو الإصـلاح، و الّا صار المعير سببا لوقوع الغير فى

الهلكه كما و ان الاستعاره للرّهن أيضا ليس بعاريه بل رهن مال الغير بإذنه كبيعه كذلك .

و هی أمانه لا تضمن إلا بالتّعدی أو التفريط

(و هی أمانه لا تضمن إلّا بالتّعدی أو التفريط)

كما هو مقتضی قاعده عدم ضمان الامين, مضافا إلی الروايات الخاصه، كصحيحه الحلبی عن أبی عبد اللّه (عليه السلام): «... إذا هلكت العاريه عند المستعير لم يضمنه الا ان يكون اشترط عليه»(۱).

وكصحيح الحلبیّ، عن الصّادق (عليه السلام) «ليس علی مستعير عاريه ضمان، و صاحب العاريه و الوديعه مؤتمن»(۲).

و صحيح محمّد بن قيس، عنه (عليه السلام): «قضی أمير المؤمنين (عليه السلام) فی رجل أعار جاريه فهلكت من عنده و لم يبغها غائله فقضی أن لا يغرمها المعار- الخبر»(۳).

و صحيح ابن سنان، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن العاريه، فقال لا غرم علی مستعير عاريه إذا هلكت إذا كان مأمونا»(۴).

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۲۳۶ الباب ۱ من أحكام العاريه الحديث ۱
۲- التّهذيب (فی أوّل عاريته)
۳- التّهذيب (فی ۳عاريته)
۴- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۳۹ح۵

و اما خبر وهب، عن جعفر، عن أبيه عليهما السّلام أنّ عليّا (عليه السلام) قال: «من استعار عبدا مملوكا لقوم فعيب فهو ضامن و من استعار حرّا صغيرا فعيب فهو ضامن»(۱) الدال على الضمان والمراد بوهب أبو البختری الضعيف و لعلّه اليه استند الإسكافيّ فی ضمان الحيوان و حمله الاستبصار على الأخذ بغير إذن المالك و التفريط وهو وان كان حملا- تبرعيا الّا انه شاهد على مردوديه الخبر، و يردّه ما تقدم من النصوص كصحيح محمّد بن قيس .

و إذا استعار أرضا غرس أو زرع أو بنى

(و إذا استعار أرضا غرس أو زرع أو بنى)

مخيراً بين هذه الثلاثه ان لم يكن هناك انصراف, و أمّا تخييره فلأنّه استعارها للانتفاع و لم يعيّن له جهه .

و لو عيّن له جهه لم يتجاوزها

(و لو عيّن له جهه لم يتجاوزها) لانه لايحل مال امرئ الّا عن طيب نفسه.

(و يجوز له بيع غروسه و أبنيته و لو على غير المالك)

ص:۲۰۹

۱- التّهذيب (فی ۱۱ عاريته)

كمـا هو مقتضـى قاعـده النـاس مسـلطون على اموالهم. لكن قـال الشـيخ فى المبسوط: «الأقوى أنّه ليس له بيعها على غيره لعـدم إمكان التسليم» و هو صحيح ان كان لايمكن التسليم لكن بما تراضيا من القيمه او قيمه المثل بدليل قاعده نفى الضرر.

و لابـأس بنقـل كلامه فلا يخلو من فائـده فقال «إذا أذن له فى الغرس و لم يعيّن مـدّه فغرس كان للمالك المطالبه بالقلع إذا دفع الأرش بأن يغرم له ما ينقص فتقوّم قائمه و مقلوعه و يغرم ما بين القيمتين و إن قال المعير: أنا أغرم لك قيمتها، أجبر على قبضـها لأنّه لا ضـرر عليه فيه، و لو قـال المسـتعير: أنا أضـمن قيمه الأرض لم يكن له ذلك، و للغارس بيعها على المالك، و الأقوى أنّه ليس له بيعها على غيره لعدم إمكان التسليم، و لو أذن له فى الزّرع فزرع ليس له المطالبه بقلعه قبل إدراكه و إن دفع الأرش، لأنّ له وقتا ينتهى إليه» و تبعه الحلىّ فى الزّرع، ونقول فى الغرس أيضا القلع يمكن أن يؤدّى إلى هلاك الشجر.

و يستدل لهما بان الاذن فى الشىء اذن فى لوازمه و عليه فيكون للمعار حق و يتحمل المعير لوازم اعارته.

هـذا و قـال الإسـكافى: «لو أعاره قراحا ليبنى فيه أو يغرس مـدّه معيّنه لم يكن لصاحب الأرض أن يخرجه عن بنائه و غرسه كرها قبـل انقضاء المـدّه فإن فعل ذلك كان كالغاصب و كان عليه أعلى قيمه بنائه و غرسه قائماً و منفردا و لو كانت الإعاره غير موقّته كان لصاحب الأرض إخراجه إذا أعطاه قيمه بنائه و غرسه ثمّ

یخرجه» وما قاله هو صحیح الّا فی مؤخذه الغاصب باعلی القیم فقد تقدم بطلانه لعدم الدلیل علیه.

و لو نقصت العین بالاستعمال لم یضمن

(و لو نقصت العین بالاستعمال لم یضمن)

لان ذلک من لوازم الاذن فی الانتفاع بها مجانا لکن ذلک فی غیر العاریه المضمونه، و أمّا فیها فهو ضامن لنقصها، کما هو ضامن لهلاکها، کما أنّه فی صوره التعدّی و التفریط أیضا کذلک ضامن لأصلها و نقصها.

و یضمن العاریه باشتراط الضمان

(و یضمن العاریه باشتراط الضمان و بکونها ذهبا أو فضّه)

کما فی موثقه اسحاق بن عمار عن أبی عبد اللّه أو أبی إبراهیم علیهما السّلام: «العاریه لیس علی مستعیرها ضمان الّا ما کان من ذهب أو فضه فانهما مضمونان اشترطا أو لم یشترطا»(۱).

ان قلت: لا بدّ من تقیید الذهب و الفضه بخصوص الدنانیر و الدراهم لصحیحه عبد اللّه بن سنان: «قال أبو عبد اللّه (علیه السلام): لا تضمن العاریه الا ان یکون قد اشترط

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۲۴۰ الباب ۳ من أحکام العاریه الحدیث ۴.

فیها ضمان الّا الدنانیر فانها مضمونه و ان لم یشترط فیها ضمانا»(۱)، و صحیحه عبد الملک بن عمرو عن أبی عبد اللّه (علیه السلام): «لیس علی صاحب العاریه ضمان الّا ان یشترط صاحبها الّا الدراهم فانها مضمونه اشترط صاحبها أو لم یشترط»(۲).

قلت: ان التقیید المذکور لیس عرفیا لان لازمه الحمل علی الفرد النادر، إذ شرط صحه العاریه علی ما تقدم امکان الانتفاع بالعین مع بقائها، و هذا لا یتحقق عاده فی الدنانیر و الدراهم و ان کان یتحقق نادرا کما فی اعارتها للتزیّن بها بخلاف عاریه غیرهما من الذّهب و الفضّه حیث یکون للاستعمال فی الأعراس، و فی الخبر: «إنّ عاریه الحلّی زکاته» و حینئذ فلا تقلّ منافعها.

و علیه فتکون النتیجه ان العاریه لیس فیها ضمان الّا مع الاشتراط أو کونها من قبیل الذهب و الفضه. و لم یفهم خلاف صریح من کلام القدماء فعبّر الصدوق و الشیخ بالذّهب و الفضّه، و الإسکافی و المفید و الدّیلمیّ و الحلبیّان و الحلیّ بالعین و الورق، و ابن حمزه بالثمن، فإنّ المتبادر منها المضروب، و لذا لم نر المختلف عیّن عنوانا لذکر الخلاف و إنّما قال فی المسأله الأولی من فصل عاریته: «المشهور أنّ العاریه إذا لم یکن ذهبا و لا فضّه لا یضمن إلّا بالتفریط أو التعدّی سواء کان حیوانا أو غیره، ثمّ نقل خلاف الإسکافی فی قوله: «و ما کان

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۲۳۹ الباب ۳ من أحکام العاریه الحدیث ۱ و المناسب: ضمان بالرفع کما فی تهذیب الاحکام ۷: ۱۸۳ و الاستبصار ۳: ۱۲۶

۲- وسائل الشیعه ۱۳: ۲۴۰ الباب ۳ من أحکام العاریه الحدیث ۳

عینا أو ورقا أو حیوانا ضمن المعار تلفه» و نقل فی مسألته السابعه عن الحلبیّ و الإسکافیّ ضمان العین و الورق مطلقا و ما عداهما بشرط التضمین أو التعدّی فمتی تلفت أو نقصت و الحال هذه فعلی المستعیر ضمان مثل ما هلک و نقص من المال و قیمه ما تلف من الأعیان و أرش ما نقص، و قال: أطلقا، و الوجه ما قاله المبسوط إن نقصت بالاستعمال، ثمّ تلفت العین لم یضمن إلّا مع التعدّی أو شرط تضمین ما نقص لأنّ الذّاهب من الأجزاء مأذون فی إذهابها بمجری العاده».

مع أنّه لا یفهم اختلاف واضح بین المبسوط و بینهما کما أنّه إنّما قال فی مسألته الأولی ردّا علی الإسکافیّ فی زیادته الحیوان فی الضمان، و إنّما أوجبناه فی الذّهب و الفضّه لقصور النفع بالعاریه فیهما- إلخ».

هذا و یدل علی الضمان باشتراطه و لو من الکافر ایضا صحیح أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «بعث النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: إلی صفوان بن أمیّه فاستعار منه سبعین درعا بأطراقها فقال: أغصبا یا محمّد؟ فقال: النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: بل عاریه مضمونه»(۱).

و صحیح الحلبیّ، عنه (علیه السلام) فی خبر «إذا هلکت العاریه عند المستعیر لم یضمنه إلّا أن یکون قد اشترط علیه»(۲) و غیرهما .

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۲۳۶ الباب ۱ من أحکام العاریه الحدیث ۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۸ح۱

حصیله البحث:

یشترط فی العاریه کون المعیر کاملاـ جائز التصرّف بالبلوغ والعقل والرشد و یجوز إعاره الصّبیّ بإذن الولیّ و یشترط العین کونها ممّا یصحّ الانتفاع بها مع بقائها، و للمالک الرّجوع فیها متی شاء , قیل: إلّا فی الإعاره للدّفن بعد الطّمّ. قلت: لا معنی للاعاره للدفن بل هی اجازه للدفن فلا یجوز بعدها التراجع لحرمه النبش, و هی أمانهٌ لا تضمن إلّا بالتّعدّی أو التّفریط، و إذا استعار أرضا غرس أو زرع أو بنی، و لو عیّن له جههً لم یتجاوزها، و یجوز له بیع غروسه و أبنیته و لو علی غیر المالک، و لو نقصت بالاستعمال لم یضمن، و یضمن العاریه باشتراط الضّمان و بکونها ذهباً أو فضّهً.

و لو ادّعی المستعیر التلف حلف

(و لو ادّعی المستعیر التلف حلف)

اذا کان مأمونا و الّا کان مدعیا و یشهد لهذا التفصیل مفهوم صحیح محمّد - أی ابن مسلم - عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن العاریه یستعیرها الإنسان فتهلک أو تسرق؟ فقال: إذا کان أمینا فلا غرم علیه»(۱).

ص:۲۱۴

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۸ ح۴

و صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام): «لا غرم علی مستعیر عاریه إذا هلکت إذا کان مأمونا»(۱).

و موثق مسعده بن زیاد، عن جعفر بن محمّد علیهما السّلام: «لا غرم علی مستعیر عاریه إذا هلکت أو سرقت أو ضاعت إذا کان المستعیر مأمونا»(۲).

لا یقال: هذا التفصیل مخالف لقاعده عدم ضمان الامین .

فانه یقال: لاشک فی عدم ضمان الامین ثبوتا و انما الکلام فی مقام الاثبات کما تقدم فی کتاب الاجاره.

و لو ادعی الرد حلف المالک

(و لو ادعی الرد حلف المالک)

لان الاصل عدم الرد لکن قیل: ان مقتضی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «لیس علی مستعیر عاریه ضمان، و صاحب العاریه و الودیعه مؤتمن» کون المستعیر کالودعی فی قبول قوله فی الرّدّ نعم فرّقوا بینهما بأنّ الودعی قبضه لمصلحه المالک و المستعیر لمصلحه نفسه.

ص:۲۱۵

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۳۹ح۵

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۸۴ح۱۶

وفیه: ان الحکم لم یثبت فی الودعی کما تقدم فی کتاب الودیعه وکونه امینا کما هو مدلول صحیح الحلبی لا یکون دلیلا علی صحه دعوی الرد وباقی استدلاله مجرد استحسان کما لا یخفی .

و للمستعیر الاستظلال بالشجر الذی غرسه

(و للمستعیر الاستظلال بالشجر الذی غرسه فی الأرض المعاره)

ما دام المعیر لم یفسخ العاریه ان کانت عاریه مطلقه و الّا کان له الانتفاع بمقدار ما اذن له المعیر و بذلک یظهر ضعف ما فی المبسوط: «و أمّا المستعیر فلیس له أن یدخلها لغیر حاجه فإذا أراد دخولها لحاجه مثل سقی الغراس و غیره ممّا یتعلّق بمصالح غرسه فهل له ذلک أم لا، قیل فیه وجهان- إلی- و الثانی: له ذلک لأنّا إن لم نجعل له الدّخول لمصالح الغراس أتلفناه علیه، و ذلک لا یجوز».

(و کذا للمعیر) لانها ملکه والناس مسلطون علی اموالهم .

و لا یجوز للمستعیر اعاره العین المستعاره

(و لا یجوز للمستعیر اعاره العین المستعاره إلّا بإذن المالک)

ص:۲۱۶

كما فی صحیح إسحاق بن عمّار، عن الصّادق (علیه السلام) و الکاظم (علیه السلام) فی خبر «و قال: إذا استعرت عاریه بغیر إذن صاحبها فهلک فالمستعیر ضامن»(۱) و علی بن السندی حیث لم یستثنه ابن الولید من نوادر الحکمه فهو ثقه .

و لو شرط سقوط الضمان فی الذهب و الفضّه صحّ

(و لو شرط سقوط الضمان فی الذهب و الفضّه صحّ)

کما فی صحیح زراره: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): العاریه مضمونه؟ فقال جمیع ما استعرته فتوی فلا یلزمک تواه إلّا الذّهب و الفضّه فإنّهما یلزمان، إلّا أن یشترط علیه أنّه متی ما توی لم یلزمک تواه- الخبر»(۲) و غیره مما تقدم .

و لو شرط سقوطه مع التعدی أو التفریط احتمل الجواز

(و لو شرط سقوطه مع التعدی أو التفریط احتمل الجواز کما لو أمره بإلقاء متاعه فی البحر)

قیل: «و یحتمل عدم صحّه الشّرط لأنّهما من أسباب الضمان فلا یعقل إسقاطه قبل وقوعه» .

ص:۲۱۷

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۸۳ح۱۰

۲- الکافی (فی ۳ من أخبار ضمان عاریته)

قلت: لا ريب فی معقولیّه إسقاطه عند العقلاء و لا مانع منه شرعا بعد فرض کونه عقلائیا وعموم المؤمنین عند شروطهم شامل له.

و لو قال الراکب: أعرتنیها و قال المالک آجرتکها

(و لو قال الراکب: أعرتنیها و قال المالک آجرتکها، حلف الراکب)

کما ذهب إلیه المبسوطان فی باب عاریتهما .

(و قیل: یحلف المالک) کما ذهب الیه المبسوط فی باب المزارعه (و یثبت له اجره المثل الّا ان تزید علی ما ادّعاه من المسمّی) و تردد فی باب المزارعه من الخلاف بین حلف الرّاکب أو القرعه.

أقول: مقتضی القاعده ان کلا منهما مدع و منکر فان اتی احدهما بالبینه فهو و ان حلف احدهما فکذلک و ان اتیا بالبینه او حلفا کلاهما یتساقطان و تثبت اجره المثل لاحترام مال المسلم الّا ان تزید علی ما ادّعاه من المسمّی لاقراره بعدم استحقاق الازید هذا ما تقتضیه القاعده الّا ان الدلیل الخاص قام علی ان للمالک ان یحلف و هو صحیح إسحاق بن عمّار «سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرّجل: کانت عندی ودیعه، و قال الآخر إنّما کانت علیک قرضا؟ قال: المال لازم له إلّا أن یقیم البیّنه أنّها کانت ودیعه»(1) بتقریب ان الصحیح دلّ علی أنّ التصرّف فی مال الغیر حیث یکون بأنحاء بنحو

1- الکافی فی ضمان عاریته و ودیعته

ضمان و بنحو غیر ضمان فالأصل النحو الأوّل، و یفهم منه بتنقیح المناط أنّه إذا اختلفا فی کونه بما له أجره و ما لیس له أجره فالأصل کونه له أجره و علیه فالصحیح هو ان یحلف المالک و تثبت له اجره المثل الّا ان تزید علی ما ادّعاه من المسمّی.

حصیله البحث:

لو ادّعی المستعیر التّلف حلف و لو ادّعی الرّدّ حلف المالک، و للمستعیر الاستظلال بالشّجر ما دام المعیر لم یفسخ العاریه ان کانت عاریه مطلقه و الّا کان له الانتفاع بمقدار ما اذن له المعیر و کذا للمعیر, و لا یجوز إعاره العین المستعاره إلّا بإذن المالک، و لو شرط سقوط الضّمان فی الذّهب و الفضّه صحّ، و لو شرط سقوطه مع التّعدّی أو التّفریط احتمل الجواز کما لو أمره بإلقاء متاعه فی البحر، و لو قال الرّاکب: أعرتنیها، و قال المالک: آجرتکها، حلف المالک و تثبت له أجره المثل إلّا أن تزید علی ما ادّعاه من المسمّی.

(کتاب المزارعه)

اشاره

قال فی المبسوط «المخابره و المزارعه اسمان لعقد واحد، و هو استکراء الأرض ببعض ما یخرج منها، و فی النّاس من قال: المخابره أن یکون من أحدهما الأرض

وحدها، و المزارعه أن يكون الأرض و البذر و ما يحتاج إليه من الفدّان و غيرها من ربّها، و لا يكون من الأكّار إلّا عمل نفسه، و الأوّل أظهر»(۱).

قلت: بل المخابره أخصّ من المزارعه، فإنّها الإعطاء بالنصف وذلك لصحيحه حمّاد، عن الحلبيّ، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن مزارعه أهل الخراج بالرّبع و الثلث و النصف، فقال:لا بأس، قد قبّل النّبيّ صلّى اللّه علیه و آله أهل خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخُبر و الخُبر هو النصف»(۲).

حقيقه المزارعه

(و هی معامله على الأرض بحصّته من حاصلها إلى أجل معلوم)

اما تحديد المزارعه بما ذكر فتشهد له روايات باب المزارعه، كصحيحه عبد اللّه بن سنان: «الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر و ثلث للبذر و ثلث للأرض، قال: لا يسمى شيئا من الحب و البقر و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا ان شئت نصفا و ان شئت ثلثا»(۳) و غيرها.

و عدم اسناد الحديث الى الامام (علیه السلام) غير مهم بعد كون الناقل عنه ابن سنان الذى لا تحتمل فی حقه الروايه عن غيره (علیه السلام) .

۱- المبسوط فی فقه الإماميه؛ ج ۳، ص: ۲۵۳ و الفدان، الثور أو الثوران يقرن للحرث بينهما.

۲- الفقيه فی ۴ من أخبار بيع الثمار

۳- وسائل الشيعه ۱۳: ۲۰۰ الباب ۸ من أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ۵

على ان عدم اسنادها كذلك انما هو فى روايه الكلينى و الّا ففى روايه الشيخ اسندت إلى ابى عبد اللّه (عليه السلام) (١).

هذا و المفهوم من قول المبسوط «و هو استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها» أنّ المزارعه إجاره مخصوصه، كما ورد التصريح به فى خبر الفيض بن المختار «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): ما تقول فى الأرض أتقبّلها من السلطان، ثمّ أؤاجرها من أكرتى أنّ ما خرج منها من شى ء كان لى من ذلك النصف أو الثلث أو أقلّ من ذلك أو أكثر، فقال: لا بأس به»(٢) و فى المقنع «و لا بأس أن يستأجر الرّجل الأرض بخمس ما يخرج منها أو بدون ذلك أو بأكثر ممّا يخرج منها من الطعام و الخراج و العمل على العلج».

و هنا بحث عن امكان اثبات شرعيتها بمقتضى القاعده و قطع النظر عن الروايات الخاصه و عدمه فقيل بعدم الامكان، بتقريب ان المزارعه تتضمن تمليك العامل حصته من الناتج، و حيث انه لا وجود لها حين العقد فلا يمكن تمليكها عقلائيا لان غير الموجود ليس بمملوك كى يقبل التمليك. و هل ترى امكان ان يبيع الشخص السمكه التى سيصطادها بعد ساعه أو يهب الشى ء الذى يشتريه بعد ذلك؟ كلا، انه ليس عقلائيا، و عموم {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ}(٣) و نحوه منصرف عنه وعليه

١- حسب بعض نسخ التهذيب على ما اشير اليه فى هامش الطبعه القديمه من وسائل الشيعه.

٢- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ٢۶٩ح٢

٣- المائده: ١

فلا- يمكن التمسک لإثبات صحتها بالعمومات من قبيل قوله تعالى: {أَوْفُوا بِالْعُقُود} بناء على ان المراد بالعقود العهود كما فی صحيحه ابن سنان.

و اجيب: بان ما يحصل فی المستقبل هو فی نظر العرف بمنزله الموجود كمنافع العين كما تقدم فی المضاربه و عليه فلا مانع من شمول {أَوْفُوا بِالْعُقُود} لها.

شرائط المزارعه

يلزم فی المزارعه:

۱- الايجاب و القبول (و عبارتها زارعتک أو عاملتک أو سلمتها إليک و شبهه) و لو بغير العربيه و الماضويه و لا يلزم ان يكون الايجاب من المالک و لا تقدمه (فيقبل لفظا) بل يجوز ان يكون الايجاب باللفظ و القبول بالفعل او يكونا معا بالفعل.

اما اعتبار الايجاب و القبول فی المزارعه فلأنها عقد لا ايقاع كما هو واضح.

و اما التعميم من الجهات الاخرى فلصدق العقد فی جميعها، و مقتضی اطلاق {أَوْفُوا بِالْعُقُود} ثبوت الصحه و اللزوم فی جميعها ويشهد لذلک ايضا ما ورد من التعابير فی نصوص المزارعه مثل صحيحه ابن سنان المتقدمه «لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا ان شئت نصفا و ان شئت ثلثا»(۱) الداله على صحتها بصيغه المضارع.

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۲۰۰ الباب ۸ من أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ۵

و مثله خبر أبى الرّبيع ففيه: «و لكن يقول لصاحب الأرض: أزارعك فى أرضك و لك كذا و كذا ممّا أخرج اللّه عزّ و جلّ فيها»(۱) وقد تضمّنا الإيجاب من الزّارع و خبر كما قد ورد وقوعه من المالك كما فى خبر يعقوب ففيه: « سَأَلْتُهُ عَنِ الرَّجُلِ يُعْطِى الرَّجُلَ الْأَرْضَ الْخَرِبَهَ فَيَقُولُ اعْمُرْهَا وَ هِىَ لَكَ ثَلَاثَ سِنِين..»(۲) فيفهم جواز كلّ منهما .

كما و يجوز كون صيغتها بلفظ الإجاره فقال الصدوق: «لا بأس أن يستأجر الأرض بخمس ما يخرج منها»، و قال الإسكافىّ: «لو آجرها بالثلث و الرّبع و جزء من الغلّه كانت مسافاه و كان ذلك جائزه» و قال الشيخ فى مزارعه نهايته «و من استأجر أرضا بالنصف أو الثلث أو الرّبع جاز له أن يؤاجرها بأكثر من ذلك و أقلّ».

۲- ومن شرائط المزارعه ان يكون كل من المالك و الزارع بالغا عاقلا مختارا و ليس بمحجور عليه لسفه أو فلس. نعم إذا لم يشارك الزارع بمال فلا يلزم اشتراط عدم المحجوريه فى حقه.

اما اعتبار البلوغ و ما تلاه فقد تقدم وجهه فى مباحث العقود المتقدمه .

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۲۴۹

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۲۴۴ح۱

و اما ان الزارع لا يشترط فيه عدم المحجوريه إذا لم يشارك بمال فلان السفيه و المفلس ممنوعان من التصرف المالى فاذا فرض عدم المشاركه بمال فلا يعود وجه للاشتراط المذكور.

هذا بناء على عدم منع السفيه من التصرفات غير الماليه كما قال صاحب الجواهر «لان السفه لم يسلبه ... اهليه مطلق التصرف بل فى ماله خاصه ... كما هو واضح خلافا لبعض العامه»(۱).

و اما بناء على منعه حتى من مثل جعل نفسه عاملا فى المزارعه و المساقاه و نحوهما فيلزم فى الزارع عدم السفه حتى اذا لم يشارك بمال .قلت: و لا شاهد له و الصحيح هو الاول.

۳- تعيين المده بدايه و نهايه إذا لم يكن هناك انصراف يقتضى التعيين و يستدل له بحديث نهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن الغرر وقد تقدم فى كتاب الاجاره موثوقيه الحديث فراجع.

و يمكن الاستدلال لذلك بان المده إذا لم تكن متعينه بدايه و نهايه فلا يمكن تعلق الامر بوجوب الوفاء بالعقد لان ما لا تعين له كيف يتعلق به وجوب الوفاء؟

نعم إذا حددت البدايه و جعلت النهايه أدراك الحاصل كفى ذلك لأنه نحو من التعيين.

۱- جواهر الكلام ج ۲۶: ۵۸

۴- ان تكون المده بمقدار صالح لإدراك الناتج فيها لانه بدون ذلك لا يمكن تحقق المقصود من المزارعه و يكون الاقدام عليها لغوا و لا يشملها دليل الامضاء.

۵- تعيين نوع المزروع إذا لم يقصدا التعميم لأى نوع كان و لم يكن هناك انصراف إلى نوع معين وذلك لنهى النبى صلّى اللّه عليه و آله عن الغرر ..

۶- وللغرر ايضا يلزم تعيين الارض مع ترددها بين قطعتين أو أكثر إذا لم يكن هناك انصراف و لم يقصد التعميم لأى أرض وقع الاختيار عليها.

۷- ولاجل الغرر ايضا يلزم تعيين المصارف من البذر و نحوه و كونها على أى واحد منهما إذا لم يكن هناك انصراف مضافا الى ان العقد بدون ذلك لا يمكن تعلق وجوب الوفاء به، إذ وجوب الوفاء ببذل المصارف من خصوص احدهما بلا مرجح، و وجوبه بالبذل من كليهما امر على خلاف مقصودهما.

۸- ان تكون الارض و نحوها مملوكه و لو منفعه او يكون التصرف فيها نافذا بوكاله او ولايه وذلك لأنه لو لا ذلك يكون العقد فضوليا.

حصيله البحث:

و المزارعه: معاملهٌ على الأرض بحصّهٍ من حاصلها إلى أجلٍ معلوم. و شرائطها: الايجاب و القبول و عبارتها زارعتك أو عاملتك أو سلمتها إليك و شبهه و لو بغير العربيه و الماضويه و لا يلزم ان يكون الايجاب من المالك و لا تقدمه فيقبل لفظا بل يجوز ان يكون الايجاب باللفظ و القبول بالفعل او يكونا معا بالفعل. و يشترط

فيها ان يكون كل من المالك و الزارع بالغا عاقلا مختارا و ليس بمحجور عليه لسفه أو فلس. نعم إذا لم يشارك الزارع بمال فلا يلزم اشتراط عدم المحجوريه فى حقه, و يشترط فيها تعيين المده بدايةً و نهايةً إذا لم يكن هناك انصراف يقتضى التعيين , و ان تكون المده بمقدار صالح لإدراك الناتج فيها و تعيين نوع المزروع إذا لم يقصدا التعميم لأى نوع كان و لم يكن هناك انصراف إلى نوع معين و تعيين الارض مع ترددها بين قطعتين أو أكثر إذا لم يكن هناك انصراف و لم يقصد التعميم لأى أرض وقع الاختيار عليها, و تعيين المصارف من البذر و نحوه و كونها على أى واحد منهما إذا لم يكن هناك انصراف , و ان تكون الارض و نحوها مملوكه و لو منفعه او يكون التصرف فيها نافذا بوكاله او ولايه.

أحكام عامه فى باب المزارعه

١- (و عقدها لازم)

كما تقدم الاستدلال له بعموم قوله تعالى {أَوْفُوا بِالْعُقُود}(١) و يؤيد ذلك خبر يونس: «كتبت إلى الرّضا (عليه السلام) أسأله عن رجل تقبّل من رجل أرضا أو غير ذلك سنين مسمّاه ثمّ إنّ المقبّل أراد بيع أرضه الّتى قبّلها قبل انقضاء السّنين المسمّاه هل

١- المائده: ١

للمتقبّل أن يمنعه من البيع قبل انقضاء أجله الذى تقبّلها منه إليه و ما يلزم المتقبل له؟ قال: فكتب (عليه السلام): له أن يبيع إذا اشترط على المشترى أنّ للمتقبّل من السنين ماله»(۱).

(و يصحّ فيه التقايل)

لان الحق لايعدوهما فلهما ذلک و يصح الفسخ عند اشتراط الخيار أو تخلف الشرط ايضا كما تقدم فى العقود المتقدمه.

(و لا تبطل بموت أحدهما) بمقتضى كونها لازمه .

و لا بدّ ان يكون النماء مشاعا بينهما

۲- (و) من شرائطها انه (لا بدّ من كون النماء مشاعا بينهما تساويا فيه أو تفاضلا)

الأصل فى بطلان غير المشاع المبسوط فقال: «للمزارعه ضرب باطل بلا خلاف و هو أن يشترط لأحدهما شيئا بعينه مثل أن يكون لأحدهما الهرف- و هو ما يدرک أوّلا- و للآخر الأول - و هو ما يتأخّر إدراكه - أو على أن يكون لأحدهما ما ينبت على الجداول و الماذيانات(۲)، و للآخر ما ينبت على الأبواب، أو على أنّ الشتوى لأحدهما و الصيفىّ للآخر، فهذا باطل بلا خلاف لأنه غرر، لأنه قد ينمو

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۷۰ح۱

۲- الماذيانات - بكسر الذال و تفتح: مسائل الماء. و قيل: ما ينبت على حافتى مسيل الماء، أو ما ينبت حول السواقى.

أحدهما و يهلك الآخر»[(۱)] و الامر كما قال مضافا لما ورد فی صحیحه الحلبی عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «لا تقبل الارض بحنطه مسماه[(۲)] و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به»[(۳)] .

و قیّد الشیخ فی الاستبصار النهی فی الصحیحه بما اذا كانت الحنطه المسماه من نفس حاصل الارض، اما اذا كانت من حاصل موجود بالفعل من غیرها فلا بأس بذلك[(۴)]. قلت: تخرج بذلك عن كونها مزارعه و تكون اجاره.

هذا و صرح الشیخ و القاضی و الحلیّ بجواز اشتراط إخراج البذر أوّلا.

وفیه: أنّه من الغرر فیمكن أن لا یحصل منه شی ء أصلا أو یكون أنقص من البذر أو لم یكن فیه زیاده.

هذا و یلزم أیضاً تعیین الحصه بالكسر المشاع، فلو قال: ازرع و اعطنی مقدارا ما مشاعا لم تصح و ذلك للغرر .

و لو شرط أحدهما علی الأخر شیئا یضمنه مضافا الی الحصّه صحّ

(و لو شرط أحدهما علی الأخر شیئا یضمنه مضافا الی الحصّه صحّ)

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۳، ص: ۲۵۳

۲- ای بحنطه مقدّره بغیر الكسر المشاع، بان یقول مثلا: بعشرین كیلوغراما.

۳- وسائل الشیعه ۱۳: ۱۹۹ الباب ۸ من أحكام المزارعه و المساقاه الحدیث ۳

۴- الاستبصار ۳: ۱۲۸

قال: فی المختلف: «لو شرط أحدهما علی الآخر شیئا یضمنه له من غیر الحاصل مضافا إلی الحصّه، قال الشیخ: یکره و قیل بالمنع، و الأوّل أقوی عملا بقوله المؤمنون عند شروطهم».

و لو مضت المدّه و الزرع باق فعلی العامل الأجره

٣- (و لو مضت المدّه و الزرع باق فعلی العامل الأجره و للمالک قلعه)

إنّما ما قال، فی ما إذا کان بقاء الزّرع من تفریط الزّارع مع ینعه، و أمّا لو کان لعدم ینعه ینعه فإنّ ینعه و حصاده یتقدّم و یتأخّر فی السنین بحسب الهواء و الأمطار فلیس له اجره و لیس له القلع، و فی المبسوط «إذا زرع فی أوّل الوقت غیر أنّه لم یدرک فی الوقت المحدود لاضطراب الماء و شدّه البرد فهل یجبر علی القلع؟ قیل: له ذلک لأنّه کان من حقّه أن یحتاط فی تقدیر المدّه الّتی یبلغ فی مثلها، و قیل: لا، لأنّ هذا التأخیر إنّما من جهه اللّه تعالی، و هو الأقوی»(١).

و لا بد من إمکان الانتفاع بالأرض

٣- (و) من شرائطها انه (لا بد من إمکان الانتفاع بالأرض بأن یکون لها ماء من نهر أو بئر أو مصنع أو تسقیها الغیوث غالبا، فان لم یمکن بطلت المزارعه)

١- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ٣، ص: ٢٦٣

کما و لابد من قابلیه الارض للزراعه و لو بالعلاج، فلو کانت سبخه أو ما شاکل ذلک فلا تصح لانه بدون ذلک لا یمکن تحقق المزارعه، و من ثمّ لا یمکن ان یشملها دلیل الامضاء.

و لو انقطع الماء فی جمیع المده انفسخت

۴- (و لو انقطع الماء فی جمیع المده انفسخت)

بعد انکشاف ان ما تعلقت به المزارعه غیر واجد لشرائطها .

(و فی الأثناء یتخیر العامل)

لطرو العیب، و لا یبطل العقد لعدم الموجب له ولسبق الحکم بصحته فیستصحب و الضرر یندفع بالخیار .

(فإن فسخ فعلیه) ای العامل من الأجره (بنسبه ما سلف)

من المده، قال الشهید الثانی «لانتفاعه بأرض الغیر بعوض لم یسلم له و زواله - ای الانتفاع - باختیاره الفسخ. و یشکل بأن فسخه لعدم إمکان الإکمال، و عمله الماضی مشروط بالحصه، لا بالأجره فإذا فاتت بالانقطاع ینبغی أن لا یلزمه شی ء آخر»(۱).

ص:۲۳۰

۱- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط کلانتر)؛ ج ۴، ص: ۲۷۹

أقول: مفروض المسأله ليس فى ما اذا انتفع بها والّا كان الربح بينهما حسب التوافق اذن مفروض المسأله ما لم يحصل للعامل نفع و اخذه للارض لعمل لم يحصل فاذا فرضنا ان له حق الفسخ فلا شيء عليه لعدم الموجب له .

و الظاهر أنّ الأصل فى المسأله ما قاله المبسوط: «و كلّ أرض كان لها ماء قائم من نهر كبير أو صغير أو عين أو مصنع أو بئر فإنّه يجوز اكتراؤها للزّراعه، فإن ثبت الماء إلى أن يستوفى الغلّتين الصيفيّ و الشتويّ منها فقد استوفى حقّه، و إن كان قد استوفى أحدهما ثمّ انقطع الماء، فإن قال المكرى: أنا أجرى إليها الماء من موضع آخر لأنّ لى فيه حقّ الشرب لأرضى لم يكن للمكترى الخيار لأنّ العيب قد زال، و أمّا إذا تعذّر إجراء الماء إليها من موضع آخر فإنّ الخيار يثبت له فى الفسخ» قال: «و فيهم من قال: لا يبطل لأنّ جميع المنافع لم يتعذّر- إلى- فإذا ثبت ما قلنا من أنّها لا تنفسخ فى ما مضى، نظرت فإن كانت أوقات السّنه كلّها متساويه فى الأجره حسب على ما مضى، فقسّط من الأجره المسمّاه، و إن كانت مختلفه نظركم اجره مثلها فى مامضى و فى ما بقى- إلى- و من قال: تنفسخ فى الكلّ وجب اجره المثل لما مضى». ومورد كلامه الإجاره كما لا يخفى و حينئذ فإن فسخ العامل فى الأثناء تكون عليه اجره ما مضى لانتفاعه بالارض بخلاف المقام لعدم الاجره فى المزارعه و القول بثبوت الاجره عليه ضرر نفاه الشّرع.

حصيله البحث:

ص:۲۳۱

عقد المزارعه لازمٌ و يصحّ التّقايل فيه و لا تبطل بموت أحدهما، و لا بدّ من كون النّماء مشاعاً تساويا فيه أو تفاضلا، و لو شرط أحدهما على الآخر شيئاً بضميمةٍ مضافاً إلى الحصّه صحّ، و لو مضت المدّه و الزّرع باقٍ فعلى العامل الأجره و للمالك قلعه إذا كان بقاء الزّرع من تفريط الزّارع مع ينعه، و أمّا لو كان لعدم ينعه فإنّ ينعه و حصاده يتقدّم و يتأخّر فى السنين بحسب الهواء و الأمطار فليس له اجره و ليس له القلع، و لا بدّ من إمكان الانتفاع بالأرض بأن يكون لها ماءٌ من نهرٍ أو بئرٍ أو مصنعٍ أو تسقيها الغيوث غالباً، و لابد من قابليه الارض للزراعه و لو بالعلاج، فلو كانت سبخه أو ما شاكل ذلك فلا تصح لانه بدون ذلك لا يمكن تحقق المزارعه، و لو انقطع فى جميع المدّه انفسخت و فى الأثناء يتخيّر العامل، فإن فسخ و كان قد انتفع بها كان الربح بينهما حسب التوافق و اما ان لم يحصل للعامل نفع فلا شيء عليه .

و إذا أطلق زرع ما شاء

(و إذا أطلق زرع ما شاء) بمقتضى اطلاق المزارعه .

(و لو عين لم يتجاوز)

ما اذن له والّا كان متعديا قال فى المبسوط: «إذا علم المالك به قبل أن يدرك الزرع، له أن يقلعه لأنّه كالغاصب و بعد القلع إن كانت المدّه الباقيه تحتمل أن

یکون لو زرع فیها زرع یدرک کان له أن یزرعها، و إن لم تحتمل لم یکن له أن یزرعها و قد استقرّت الأجره علیه لأنّه فوّت المنفعه علی نفسه، کما لو لم یزرعها طول المدّه»(۱).

(فلو خالف و زرع الأضر، قیل: یتخیر المالک بین الفسخ فله اجره المثل، و بین الإبقاء فله المسمی مع الأرش)

وجه التخییر: اما الفسخ فلوقوعه أجمع بغیر إذنه، لأنه غیر المعقود علیه، و اما أخذ المسمی ففی مقابله مقدار المنفعه المعینه مع أخذ الأرش فی مقابله الزائد الموجب للضرر.

و اشکل علیه الشهید الثانی بقوله: «بأن الحصه المسماه إنما وقعت فی مقابله الزرع المعین و لم یحصل الزرع المعین والذی زرع لم یتناوله العقد، و لا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالک فیه الحصه، و من ثم نسبه إلی القیل تنبیها علی تمریضه. و الأقوی وجوب أجره المثل خاصه»(۲) قلت: و هو الاقوی.

(و لو کان) المزروع (أقل ضررا) من المعین (جاز)

عند المصنف فیستحق ما سماه من الحصه، و لا أرش، و لا خیار، لعدم الضرر. واشکل علیه الشهید الثانی بقوله: «بأنه غیر معقود علیه أیضا فکیف یستحق فیه

۱- المبسوط فی اکتراء أرض للزّراعه و زرع الأضر

۲- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (کلانتر)؛ ج ۴، ص: ۲۸۱

شيئا، مع أنه نماء بذر العامل الذى لا دليل على انتقاله عن ملكه. و الأقوى ثبوت أجره المثل أيضا كالسابق». قلت: و هو الاقوى.

حصيله البحث:

إذا أطلق المزارعه زرع ما شاء، و لو عيّن لم يتجاوز ما عيّن له, فلو زرع الأضرّ فالاقوى وجوب أجره المثل , و لو كان أقلّ ضرراً فالأقوى ثبوت أجره المثل ايضا .

و يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب

(و يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب و من الآخر البذر، و العمل و العوامل)

و يدلّ على هذه الصوره صحيح يعقوب بن شعيب، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرّجل على أن يعمرها و يصلحها و يؤدّى خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس - إلى- و سألته عن المزارعه، فقال: النفقه منك و الأرض لصاحبها فما أخرج اللّه منها من

شی ء قسم علی الشّرط، و کذلک أعطی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله أهل خیبر حین أتوه فأعطاهم إیّاها علی أن یعمروها و لهم النصف ممّا أخرجت»(۱).

(و کل واحده من الصور الممکنه جائزه)

بان کان من أحدهما بعضها و لو جزء من الأربعه، و من الآخر الباقی، مع ضبط ما علی کل واحد من الأرکان الأربعه الارض و البذر و العمل و العوامل ووجه جواز الاشتراک فی الامور الاربعه بأی شکل هو «إطلاق الاذن فی المزارعه من غیر تقیید بکون بعض بخصوصه من احدهما»(۲).

و هذا الاطلاق ان کان ثابتا فهو والّا فبالامکان التعویض عنه بمثل عموم {أَوْفُوا بِالْعُقُود}.

و یشهد للاطلاق صحیح الحسن بن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن إبراهیم الکرخیّ: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): أشارک العلج فیکون من عندی الأرض و البذر و البقر و یکون علی العلج القیام و السقی و العمل فی الزّرع حتّی یصیر حنطه و شعیرا، و یکون القسمه فیأخذ السّلطان حقّه و یبقی ما بقی علی أنّ

۱- الکافی (فی باب مشارکه الذمّیّ و غیره فی المزارعه و الشّروط بینهما، ۱۳۰ من معیشته فی خبره الثانی) و رواه التّهذیب فی ۲۲ من أخبار مزارعته مع اختلاف یسیر، و روی ذیله فی ۲ منها مع زیاده فی آخره.

۲- الحدائق الناضره ۲۱: ۳۲۳

للعلج منه الثلث و لی الباقی؟ قال: لا بأس بذلک، قلت: فلی علیه أن یردّ علیّ ممّا أخرجت الأرض البذر و یقسم الباقی، قال: إنّما شارکته علی أنّ البذر من عندک و علیه السقی و القیام»(۱).

وعلیه فلا یلزم فی البذر ان یکون من العامل بل یجوز ان یکون من المزارع أیضا أو منهما.

و قد یقال بلزوم کون البذر علی العامل تمسکا بصحیحه یعقوب بن شعیب عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «... و سألته عن المزارعه فقال:النفقه منک و الارض لصاحبها، فما اخرج اللّه من شی ء قسّم علی الشطر و کذلک اعطی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله خیبر حین أتوه فأعطاهم إیّاها علی ان یعمروها و لهم النصف مما اخرجت»(۲) بادعاء ظهورها بحصر النفقه ومنه البذر من العامل .

و فیه: انها قد تکون فی مقام بیان احد المصادیق وعلی فرض الظهور فهی معارضه بصریح بقیه الروایات فی جواز عدم کونه علی العامل، کما فی موثقه سماعه: «سألته عن مزارعه المسلم المشرک فیکون من عند المسلم البذر و البقر و تکون

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۶۷ح۱ والفقیه ح۹ ب المزارعهمع اختلاف لفظی والتّهذیب ب المزارعهح ۲۱
۲- وسائل الشیعه ۱۳: ۲۰۳ الباب ۱۰ من أحکام المزارعه و المساقاه الحدیث ۲

الارض و الماء و الخراج و العمل على العلج، قال: لا بأس به»(۱) و غيرها. ولاشک فی تقدم الصریح علی الظاهر عند التعارض مضافا الی ما قد یدعی قیام سیره المزارعین المتصله بزمن المعصوم (علیه السلام) علی ذلک.

هذا وقد دلت موثقه سماعه المتقدمه علی جواز ان تکون الارض من المزارع کما یجوز کونها من العامل.

۵- ومن جمله احکام المزارعه انه یجوز لکل من المالک و العامل بعد ظهور الناتج تقبل حصه الآخر بمقدار معین من الناتج نفسه بعد التخمین، و لا یضر لو اتضحت بعد ذلک الزیاده أو النقیصه و یستدل له:

۱- بالتمسک بمقتضی القاعده، فان الناتج بعد اشتراکه بین الطرفین فمن حقهما تقسیمه بالشکل الذی یتفقان علیه، فان الحق لا یعدوهما. و هو واضح.

۲- و بانه نوع من الصلح غیر المعاوض، فهما یتسالمان علی ان تکون حصه احدهما من المال المشترک کذا مقدار و البقیه للآخر. و علی ذلک یصح ایقاع عملیه التقبیل هذه بلفظ الصلح(۲).

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۲۰۴ الباب ۱۲ من أبواب أحکام المزارعه و المساقاه الحدیث ۱. و العلج هو الرجل الضخم من الکفار او مطلق الکافر .

۲- العروه الوثقی، کتاب المزارعه، المسأله ۲۰

۳- و بصحيحه يعقوب بن شعيب: «سألت ابا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول احدهما لصاحبه: اختر اما ان تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى و تعطينى نصف هذا الكيل اما زاد أو نقص، و اما ان آخذه انا بذلك، قال: نعم لا بأس به»(۱) و غيرها.

و اما تقييد ذلك بما بعد ظهور الناتج فلانه قبل ذلك لا حنطه و شعير مثلا ليمكن تقسيمه، و هل يمكن تقسيم المعدوم.

۶- و اما انه لا يضر اتضاح الزياده او النقيصه بعد ذلك فلإقدام كل منهما على اجراء عقد القسمه او الصلح بالشكل المذكور فيلزم بمقتضى لزوم كل عقد.هذا بناء على كون المدرك الوجهين الاولين.و اما بناء على الوجه الثالث فلظهور الصحيحه فى ذلك.

۷- ومن جمله احكام المزارعه انه يجوز للعامل ما دام لم تشترط عليه مباشره الزرع بنفسه ان يؤجر الغير او يزارعه. و هو واضح بعد عدم اشتراط المباشره بنفسه و اشتغال ذمته بذلك.

ص:۲۳۸

۱- وسائل الشيعه ۱۳: ۱۸ الباب ۱۰ من أبواب بيع الثمار الحديث ۱

و اما جواز مزارعته للغير فلعدم اشتراط صحه المزارعه بملك المزارع للأرض بل يكفى كونه مالكا للتصرف فيها فتشمله ادله صحه المزارعه بل مثل عموم أَوْفُوا بِالْعُقُود}(۱) أيضا.

حصيله البحث:

يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب و من الآخر البذر و العمل و العوامل، و كلّ واحدٍ من الصّور الممكنه جائزةٌ، و يجوز لكل من المالك و العامل بعد ظهور الناتج تقبل حصه الآخر بمقدار معين من الناتج نفسه بعد التخمين، و لا يضر لو اتضحت بعد ذلك الزياده أو النقيصه , و يجوز للعامل ما دام لم تشترط عليه مباشره الزرع بنفسه ان يؤجر الغير او يزارعه .

و لو اختلفا فى المده حلف منكر الزياده

(و لو اختلفا فى المده حلف منكر الزياده)

ص:۲۳۹

۱- المائده: ۱

لاصاله عدم الزائد لكن ذلك فى ما إذا قال أحدهما: إنّ المدّه كانت سنين و أمّا فى السّنه الواحده فالأصل قول من يدّعى كون المدّه بلوغ الثمره تحكيما للظاهر على أصل العدم، و يؤيده خبر الدّعائم مرفوعا «عن الصّادق (عليه السلام): سئل عن رجل زرع أرض رجل فقال: أذن لى فى زرعها على مزارعه كذا و كذا، و أنكر صاحب الأرض أن يكون أذن له، فقال (عليه السلام): القول قول صاحب الأرض مع يمينه إلّا أن يكون علم به حين زرع أرضه و قامت بذلك عليه البيّنه فيكون القول قول الزّارع مع يمينه فى المزارعه إلّا أن يأتى بما لا يشبه فيكون عليه مثل كراء الأرض و لا يقلع» .

و فى الحصّه حلف صاحب البذر

(و) لو اختلفا (فى الحصه) حلف (صاحب البذر)

لأن النماء تابع له، فيقدم قول مالكه فى حصه الآخر بلا فرق بين كونه صاحب الأرض، أو العامل، لأصاله عدم خروج ما زاد عن ملكه، و اصاله عدم استحقاق الآخر لما زاد .

فان قلت: أ ليس المالك و العامل قد اتفقا على ثبوت حصه للعامل؟ و هذه الحصه المتفق عليها قد نقلت عن أصاله عدم خروج ما زاد عن ملك المالك و عدم استحقاق الآخر لتلك الزياده. فلماذا يقدم قول صاحب البذر و لا يقدم قول الآخر؟

ص:۲۴۰

قلت: أن الإتفاق إنما وقع على أصل الحصه و هـذا مما لا شک فیه. و إنما الکلام فی قدرها وهما متفقان علی الاقل و انما اختلفا فی المقدار الزائد علی ما یعترف به المالک و الأصل عدمه.

(و لو أقاما بینه قدمت بینه الآخر)

أی مدعی الزیاده قال الشـهید الثانی: «فی المسألتین – و هما: مسأله اختلاف المالک و العامل فی المده. و اختلافهما فی الحصـه – و هو العامـل فی الأولی، لأن مالک الأرض یـدعی تقلیل المـده فیکون القول قوله، و البینه بینه غریمه – و هو– العامل، و من لیس له بـذر فی الثـانیه – و هی مسـأله الاختلاف فی الحصه – من العامـل، و مالک الأرض، لأنه الخارج بالنظر إلی الباذر حیث قدم قوله(۱) مع عدم البینه»(۲).

أقول: لم یعلم کون المالک – فی المسأله الاولی– مطلقا مـدّعیا لقلّه المـدّه فلعلّه اعتقـد کون معاملته جیّده فادّعی کون المزارعه سنتین أو أکثر و العامل ینکرها وقد عمم المصنّف ثمّه و قال « حلف منکر الزیاده » و لم یخصه بالمالک.

(و قیل: یقرع)

ص:۲۴۱

۱- ای الباذر لانه منکر وتسمی بینته ببینه الداخل ومن لیس له بذر مدع وتسمی بینته ببینه الخارج .

۲- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط کلانتر)؛ ج ۴، ص: ۳۰۰

لأنها لكل أمر مجهول. وفيه: بأنه لا جهاله هنا فإن من كان القول قوله فالبينه بينه صاحبه فالقول بتقديم بينه المدعى فيهما أقوى .

حصيله البحث:

و لو اختلفا فی المدّه حلف منكر الزّياده لكن ذلک فی ما إذا قال أحدهما: إنّ المدّه كانت سنين و أمّا فی السنّه الواحده فالأصل قول من يـدّعی كون المـدّه بلوغ الثمره تحكيمـا للظاهر علی أصل العـدم، و لو اختلفا فی الحصّه حلف صاحب البـذر، و لو أقاما بيّنهً قدّمت بيّنه مدعی الزياده .

و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارک غيره

(و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره)

لأنه يملك منفعه الأرض بالعقد اللازم فيجوز له نقلها، و مشاركه غيره عليها، لأن الناس مسلطون على أموالهم و يؤيد ذلك خبر الفيض بن المختار: قلت لأبی عبد اللّه (عليه السـلام): ما تقول فی أرض أتقبّلها من السّلطان ثمّ أؤاجرها أكرتی على أنّ ما أخرج اللّه تعالی منها من شی ء كان لی من ذلک النّصف و الثلث بعد حقّ السّلطان، قال: لا بأس به، كذلک أعامل أكرتی»(۱).

(إلّا أن يشترط عليه المالك الزرع بنفسه)

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۶۹ح۲

فلا يجوز له إدخال غيره مطلقا سواء كان بنحو المزارعه ام المشاركه عملا بمقتضى الشرط.

و الخراج على المالک الّا مع الشرط

(و الخراج على المالک)

لأنه موضوع على الأرض ابتداء، لا على الزرع ففى صحيح يعقوب بن شعيب، عن الصّادق (عليه السلام) سألته عن الرّجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرّجل على أن يعمّرها و يصلحها و يؤدّى خراجها و ما كان من فضل فهو بينهما، قال: لا بأس»(1) و رواه الفقيه فى أوّل مزارعته، بعد سؤالين هكذا: «و سألته عن الرّجل يكون له الأرض من أرض الخراج عليها خراج معلوم ربما زاد و ربما نقص فيدفعها إلى الرّجل على أن يكفيه خراجها و يعطيه مائتى درهم فى السّنه؟ قال: لا بأس».

(إلّا مع الشرط) فيتبع شرطه فى جميع ما اتفقا عليه .

و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر

(و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر و عليه)

اى صاحب البذر (الأجره)كما هو مقتضى القواعد .

ص:٢٤٣

١- الكافى (فى باب مشاركه الذّمّى، ١٣٠ من معيشته)ح٢

(و يجوز لصاحب الأرض الخرص) اى التخمين (على الزارع مع الرضا)

أقول: هذه معامله خاصه مستثناه من المحاقله(۱) و يشهد لصحتها ما فى الصحيح عن محمّد بن سهل، عن أبيه، عن الكاظم (عليه السلام) سألته عن رجل يزرع له الحرّاث الزّعفران و يضمن له أن يعطيه فى كلّ جريب أرض يمسح عليه وزن كذا و كذا درهما فربما نقص و غرم و ربما استفصل و زاد قال: لا بأس به إذا تراضيا»(۲). و محمّد بن سهل بن اليسع كان من أصحاب الرضا و أبى جعفر عليهما السلام عنونه الصدوق فى المشيخه و طريقه إليه صحيح و قال النجاشىّ: له كتاب يرويه جماعه, و أبوه سهل بن اليسع القمّىّ ثقه و قد اعتمد الصدوق على كتابه كما ان الكلينى اعتمد هذه الروايه فلا شك فى موثوقيتها.

و مثله خبره عن ابن بكير، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يزرع له الزّعفران فيضمن له الحرّاث على أن يدفع إليه من كلّ أربعين منّا زعفران رطب منّا و يصالحه على اليابس، و اليابس إذا جفّف ينقص ثلاثه أرباعه و يبقى ربعه و قد جرّب، قال: لا يصلح، قلت: و إن كان عليه أمين يحفظ به لم يستطع حفظه لأنّه يعالج باللّيل و لا يطاق حفظه، قال: تقبّله الأرض أوّلا على أنّ لك فى كلّ أربعين منّا، منّا»(۳).

ص:۲۴۴

۱- و هو بيع السنبل بحب منه، أو من غيره من جنسه.

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۶۶ح۹

۳- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۲۵۱ح۲۰والكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۶۶ح۹

و خبر محمّد بن عیسی عن بعض أصحابه قلت لأبی الحسن (علیه السلام): «إنّ لنا أکره فنزارعهم فیجیئون و یقولون لنا: قد حرزنا هذا الزّرع بکذا و کذا، فأعطوناه و نحن نضمن لکم أن نعطیکم حصّتکم علی هذا الحزر، فقال: و قد بلغ، قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: فإنّه یجی ء بعد ذلک فیقول: إنّ الحرز لم یجی ء کما حزرت و قد نقص، قال: فإذا زاد کان له، کذلک إذا نقص کان علیه»(۱). و الحزر بالمهمله ثمّ المعجمه ثمّ المهمله الخرص.

(فیستقر) ما اتفقا علیه (بالسلامه، فلو تلف) الزرع أجمع من قبل اللّه تعالی (فلا شی ء) علی الزارع .

اقول: ما ذکره من أنّه یستقرّ الخرص بالسّلامه فلم یظهر له من مستند عدا ما قاله المفید: «و یکره أن یشترط مع الارتفاع شی ء من ذهب أو فضّه أو غیرهما من الأعراض، فإن اشترطه ربّ الضیعه کان مکروها، و علی المزارع الخروج منه إذا کان قد رضی به و أوجبه علی نفسه إلّا أن تخیس الثمره أو تهلکک بآفه فیبطل حینئذ ما شرطه المزارع علی نفسه ممّا سوی الارتفاع»(۲).

و فیه: انه کما أنّه إذا نقص من الخرص لم یکن علی صاحب الأرض شی ء، کذلک إذا أصابته آفه بعد المعامله بالخرص و صیرورته مال الزّارع وجب علیه حصه المالک ایضا .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۸۷ح۱

۲- المقنعه (للشیخ المفید)؛ ص۶۳۸؛ باب المساقاه.

هذا و توهّم الحليّ حيث رأى الشيخ فى النهايه ذكر مشروعيّه الخرص و استقراره بالسّلامه كون الكلّ من خبر فقال بأنّ «مستند جميعه خبر واحد».

حصيله البحث:

و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره إلّا أن يشرط عليه المالك الزّرع بنفسه، و الخراج على المالك إلّا مع الشّرط، و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر و عليه الأجره، و يجوز لصاحب الأرض الخرص على الزّارع مع الرّضا و هذه المعامله لازمه لا انها تستقرّ بالسّلامه و عليه فلو تلف الزّرع لم ينقص من حصه صاحب الارض شيء .

(كتاب المساقاه)

اشاره

(و هى معامله على الأصول بحصّه من ثمرها)

حقيقه المساقاه: المساقاه عقد يتضمن الاتفاق على سقى شخص اشجار شخص ثان أو غيرها و اصلاح شؤونها إلى مده معينه بحصه من حاصلها. كما يستفاد من صحيحه يعقوب الآتيه.

و فرقها عن المزارعه ان العامل فى الثانيه يقوم بزرع الارض بحصه من الناتج بعد فرض انها غير مزروعه، بخلافه فى المساقاه، فان المفروض ثبوت الاشجار و

غرسها فى الارض قبل العقد، و دور العامل السقى و اصلاح شؤون ما هو مغروس بحصه من الناتج.

و لا ريب فى شرعيتها قال فى الجواهر: «هى جائزه بالإجماع من علمائنا و أكثر العامه خلافا لأبى حنيفه و زفر فانكراها للجهاله و الغرر»(١).

و تدل على ذلك صحيحه يعقوب بن شعيب عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «... سألته عن رجل يعطى الرجل ارضه و فيها ماء او نخل او فاكهه و يقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لك نصف ما اخرج اللّه عز و جل منه، قال: لا بأس»(٢) و غيرها.

و الخلاف السابق فى امكان تصحيح المزارعه على طبق القاعده و بقطع النظر عن الروايات الخاصه و عدمه آت هنا أيضا لوحده النكته.

(و هى لازمه من الطرفين)

لا تنفسخ الّا بالتقايل أو بالفسخ بالخيار إذا فرض اشتراطه او تخلف بعض الشروط كما تقدم فى المزارعه.

شرائط المساقاه

يلزم فى المساقاه توفر:

١- جواهر الكلام ٢٧: ٥٠

٢- وسائل الشيعه ١٣: ٢٠٢ الباب ٩ من أحكام المزارعه و المساقاه الحديث ٢

۱- الایجاب و القبول بمقتضی کونها عقدا (و إیجابها: ساقیتک أو عاملتک أو سلمت إلیک أو ما أشبهه، و القبول الرضا به)

کما مرّ فی المزارعه و غیرها وقد تقدم عدم اشتراط لفظ مخصوص بل یکفی کلّ ما یدلّ علی المقصود، و مرّ عدم اشتراط الماضویّه کما تقدم فی صحیحه یعقوب بن شعیب، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر: و سألته عن الرّجل یعطی الرّجل أرضه و فیها رمان أو نخل أو فاکهه فیقول: اسق هذا من الماء و اعمره و لک نصف ما أخرج، قال: لا بأس»(۱) وهی دالّه علی کفایه «اسق هذا من الماء و اعمره» فی إیجابها.

۲- البلوغ و العقل فی المالک و العامل و عدم الحجر بالنحو المتقدّم فی المزارعه.

۳- ومن شرائط المساقاه ان یکون المغروس مملوکا و لو منفعه فقط أو یکون التصرف فیه نافذا بوکاله أو ولایه وذلک لانه لو لا ذلک یکون العقد فضولیا.

۴- معلومیه الاشجار فی مقابل التردّد و ذلک لان تعلق وجوب الوفاء بهذا المعین او بذاک المعین ترجیح بلا مرجح، و تعلقه بکلیهما امر علی خلاف مقصودهما. و المردد لا تحقق له لیمکن تعلق ذلک به.

و اما المعلومیه فی مقابل الجهل فاعتبارها لاجل ان مورد صحیحه یعقوب بن شعیب المتقدمه قد فرضت فیه المعلومیه لدی الطرفین فلا یبقی ما یدل علی

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۲۰۲ الباب ۹ من أحکام المزارعه و المساقاه الحدیث ۲

صحتها مع عـدم المعلوميه بناء على عدم امكان تصـحيح المساقاه بمثل عموم { أَوْفُوا بِالْعُقُود} و اما بناء على امكان ذلك- كما هو الصحيح- فاعتبار ذلك لما تقدم من حديث نفى الغرر.

و تصحّ إذا بقى للعامل

۵- (و تصحّ إذا بقى للعامل عمل تزيد به الثمره)

القول بعـدم الجواز للشـيخ فى المبسوط، و تبعه ابن حمزه، وقد تقدم الاسـتدلال على صـحّه الجميع و إن لم يكن داخلا فى هذا العنـوان بعمومـات الكتـاب كقـوله تعـالى { إِلّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ} وقـوله تعـالى {اوفوا بـالعقود} و به يمكن إدخـال الخضـراوات و ماله ورق و المغارسه فى هذا الحكم أيضا، مضافا الى أنّا لم نقف على عنوان المساقاه فى خبر و لا ذكر فى كلام مـن تقـدّم على المفيـد، ففى الكـافى «بـاب قبـاله الأرضـين و المزارعه بـالنصف و الثلث و الربـع»، و فى الفقيه «بـاب المزارعه و الإجاره» و اقتصر التّهذيب على «باب المزارعه» و فى الخلاف «يجوز المساقاه على البقل الذى يجزّ جزّه بعد جزّه للأصل».

(ظهرت قبل العقد أو لا)

۶- ان يكون العقـد قبـل بلوغ الثمره أو بعـدها مع افتراض الحـاجه إلى السـقى أو غيره. امـا مع فرض الحاجه إلى مجرد الحفظ و القطف فالصحه وان كانت محل خلاف لكنها هى الاقوى .

اما عدم تقييد صحه المساقاه بما قبل بلوغ الثمره فلإطلاق صحيحه يعقوب المتقدمه.

و اما عدم اعتبار الحاجه إلى خصوص السقى فلان عطف الاعمار على السقى فى الصحيحه: «اسق هذا من الماء و اعمره» هو من عطف العام على الخاص، و هو يدل على كفايه الاعمار بأى شكل كان و لو لم يكن بالسقى. و التعبير بالمساقاه تعبير فقهى لوحظ فيه أهم افراد الاعمار و هو السقى و الا فالروايه لم تعبّر بذلك لتفهم الخصوصيه للسقى.

و لو قيل باعتبار الخصوصيه للسقى باعتبار انه منصوص عليه فى الصحيحه يلزم ان يقال باعتبار الخصوصيه أيضا للأعمار غير السقى لأنه مذكور فى الصحيحه أيضا، و هو غير محتمل.

و اما الخلاف فى الاكتفاء بالحاجه إلى الحفظ و القطف فلأنهما ليسا نحوا من الاعمار ليكونا مشمولين للصحيحه.

نعم بناء على صحه التمسك بالعمومات يتوجه الحكم بالصحه و لو لم يكن ذلك بعنوان المساقاه.

(ولابدّ من كون الشجر ثابتا ينتفع بثمرته مع بقاء عينه بقاء يزيد عن سنته غالبا)

۷- قلت: لا يلزم فى المساقاه ان تكون الاصول ذات جذور ثابته فى الارض، كما فى النخل و أشجار الفواكه وذلك لعموم { أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} فما قيل من انها لا تصح

على ما لا ثبوت لعروقه فى الارض، كالبطّيخ و الباذنجان و غيرهما من الخضر لان مورد صحيحه يعقوب خاص بما كان له اصل ثابت ضعيف لانه لا يعارض عموم الآيه , بل لا وجه له لان مورد الصحيحه و ان كان مختصا بما له اصل ثابت الا ان تخصيص ذلك بالذكر لم يجئ فى كلام الامام (عليه السلام) بل فى كلام السائل، و حيث لا يحتمل ثبوت خصوصيه لذلك عرفا فيمكن تعميم الحكم إلى غيره.

(و فى ماله ورق كالحنّاء نظر)

و ذلك باعتبار ان مورد صحيحه يعقوب هو الشجر المثمر.

و قد تقدم الجواب عنه و ان الصحيح هو الحكم بالتعميم لان مورد الصحيحه و ان كان ما ذكر لكنه قد وقع فى سؤال السائل و لا يفهم العرف له خصوصيه فبتنقيح المناط يتعدى الى ما عداه .

هذا لو لم نقل بجواز التمسك بالعمومات و الّا فالأمر أوضح.

٨- (و يشترط تعيين المدّه) وتحديدها بدايه و نهايه، و ان تكون بمقدار تصلح لبلوغ الثمره.و يكفى بلوغ الثمره تحديدا للنهايه. و ذلك للغرر و لانه بدون ذلك لا تعيّن للعقد فى الواقع ليمكن تعلق وجوب الوفاء به .

و اما ما قيل: من انه لا يبعد الحكم بصحه العقد إذا أُنشئ على نحو الدوام. و لعله هو الظاهر من أخبار خيبر، حيث لم يرد فى شى ء منها تحديد فتره كون الأرض بيدهم، بل و فى بعض روايات العامه أنه (صلّى اللّه عليه و آله و سلم) جعل لنفسه

الخيار و أنه متى أراد أن يخرجهم من الأرض كان له ذلک(۱) فإنه كالصريح فى التأبيد و عدم التحديد بمدّه معينه .

و الحاصل أنه لا يبعد شمول النصوص لمثل هذا العقد و إن كان غير معيّن عند الطرفين، إذ يكفى فيه كونه معيناً فى الواقع .

و لعلّ هذا هو المتعارف فى العقود الخارجيه فى المزارعه و المساقاه معاً، فإنّ أرباب الأراضى و البساتين يعطون أراضيهم و بساتينهم إلى الفلاحين ليزرعوها و يسقوها من غير تحديد للمعامله بحدّ معين(۲).

ففيه: ان ما ورد عن الرسول الاكرم (ص) فى قضيه خيبر كما فى الصحيح عن ابى الصَّبَّاحِ قَالَ «سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ع يَقُولُ إِنَّ النَّبِيَّ ص لَمَّا افْتَتَحَ خَيْبَرَ تَرَكَهَا فِي أَيْدِيهِمْ عَلَى النِّصْفِ فَلَمَّا بَلَغَتِ الثَّمَرَهُ بَعَثَ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ رَوَاحَهَ إِلَيْهِمْ فَخَرَصَ عَلَيْهِمْ فَجَاءُوا إِلَى النَّبِيِّ ص فَقَالُوا لَهُ إِنَّهُ قَدْ زَادَ عَلَيْنَا فَأَرْسَلَ إِلَى عَبْدِ اللَّهِ فَقَالَ مَا يَقُولُ هَؤُلَاءِ قَالَ قَدْ خَرَصْتُ عَلَيْهِمْ بِشَيْ ءٍ فَإِنْ شَاءُوا يَأْخُذُونَ بِمَا خَرَصْنَا وَ إِنْ شَاءُوا أَخَذْنَا فَقَالَ رَجُلٌ مِنَ الْيَهُودِ بِهَذَا قَامَتِ السَّمَاوَاتُ وَ الْأَرْض»(۳)لا اطلاق فيه لعدم كونه فى مقام بيان كيفيه وقوع العقد واما روايات العامه فلا حجيه فيها كما و ان احتمال كون ذلک هو المتعارف فلا قيمه له كما هو واضح.

ص:۲۵۲

۱- انظر صحيح مسلم ۳: ۱۱۸۶ ح ۱۵۵۱

۲- موسوعه المحقق الخوئى؛ ج ۳۱، ص: ۳۲۵

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۶۷ح۲

و اما اعتبار ان تكون المـده بمقـدار تبلغ فيه الثمره فلانه بدون ذلك لا يمكن ثبوت حصه العامل، و من ثمّ يكون العقد لغوا و لا معنى لتعلق وجوب الوفاء به.

و اما كفايه بلوغ الثمره حدا للنهايه فلأن ذلك نحو من التحديد و عليه فلا يلزم تعيين الشـهور فى السّـنه، قال الإسـكافىّ: «لا بأس بمساقاه النّخل و ما شاكله سنه و أكثر إذا حضرت المدّه أو لم تحضر» و مرّ صحيح يعقوب بن شعيب المشتمل على قول المالك للعامل: «اسق هـذا من الماء و اعمره و لك نصف ما اخرج» و أيضا لا يعلم تحقيقا مـدّه شـهور الثمار فى السـنه فلا بـدّ من كفايه المدّه التى تحصل الثمره فيها.

و يلزم العامل مع الإطلاق كل عمل متكرّر كل سنه

۹- يلزم تعيين مـا على كـل واحـد منهمـا من اعمـال لئلاـ يحصـل الغرر هـذا إذا لم يكن هناك انصـراف (و) الّا (يلزم العامل مع الإطلاق) ما ينصرف اليه الاطلاق وهو (كل عمل متكرّر كل سنه ممّا فيه صلاح الثمره أو زيادتها) .

هذا (و لو شرط بعضه على المالك صح لا جميعه)

لاـن شـرط جميع العمـل من العامل على المالك غير معقول لأنّه حينئـذ ليس عاملا بل المالك يعمل لنفسه، و أمّا البعض فأنكره المبسوط، فقال: «إذا ساقاه بالنّصف على أن يعمل ربّ المال معه فالمساقاه باطله لأنّ موضع المساقاه على أنّ من ربّ المال المال و من العامل العمل» .

و فیه: انه لا وجه له «فالمؤمنون عند شروطهم» مع کون الشرط سائغا و ما قاله صحیح مع الإطلاق، و أمّا مع الشّرط فلا مانع منه.

و تعیین الحصّه بالجزء المشاع کالنّصف

۱۰- (و تعیین الحصّه بالجزء المشاع کالنّصف)

تعیین حصه کل من المالک و العامل بنحو الکسر المشاع لئلا یلزم الغرر إذ مع تردد الحصه لا یمکن ثبوت وجوب الوفاء لان تعلقه بلحاظ أحد الاحتمالین دون الآخر بلا مرجح، و المردد بما هو مردد لا وجود له لیمکن تعلق وجوب الوفاء به.

(لا المعیّن)

للغرر الّا انه قیل: لا- مانع من المعیّن أیضا فإنّه إن لم یکن فیه نصّ خاصّ یکفی العمومات لکن لو أصابته آفه لا یبعد ورود النقص علی المعیّن بالنسبه کما قالوا فی بیع الثمار. وفیه: انه مع الغرر لا یمکن التمسک بالعمومات و قیاسه علی بیع الثمار قیاس مع الفارق .

(و یجوز اختلاف الحصّه فی الأنواع_ إذا علماها_)

کما یدلّ علیه قولهم علیهم السّلام: «المسلمون عند شروطهم».

حصیله البحث:

ص:۲۵۴

و هی معـاملهٌ علی الأـصول بحصّهٍ من ثمرتها، و هی لازمهٌ من الطّرفین. و شـرائط المساقاه: الایجاب و القبول و إیجابها: ساقیتک أو عاملتک أو سـلمت إلیک أو ما أشـبهه، و القبول الرضا به و البلوغ و العقل فی المالک و العامل و عـدم الحجر بالنحو المتقدّم فی المزارعه. ومن شرائط المساقاه ان یکون المغروس مملوکا و لو منفعه فقط أو یکون التصرف فیه نافذا بوکاله أو ولایه وذلک لاـنه لو لا ذلک یکون العقـد فضولیا و یشترط معلومیه الاشـجار و تصـحّ إذا بقی للعامل عمل تزیـد به الثمره و یشترط ان یکون العقد قبل بلوغ الثمره أو بعدها مع افتراض الحاجه إلی السـقی أو غیره. اما مع فرض الحاجه إلی مجرد الحفظ و القطف فالصـحه وان کانت محل خلاف لکنها هی الاقوی قیل: و لا بدّ من کون الشّجر ثابتاً ینتفع بثمرته مع بقاء عینه. قلت: الاقوی عدم لزوم هذا الشـرط و کـذلک تصـح فیما له ورقٌ کالحنّاء، و یشترط تعیین المـدّه و تحدیدها بدایه و نهایه، و ان تکون بمقدار تصـلح لبلوغ الثمره, و یکفی بلوغ الثمره تحدیـدا للنهـایه و یلزم العامل مع الإطلاق کلّ عملٍ متکرّرٍ کلّ سـنهٍ، و لو شـرط بعضه علی المالک صحّ لا جمیعه، و تعیین الحصّه بالجزء المشاع لا المعیّن، و یجوز اختلاف الحصّه فی الأنواع إذا علماها.

و یکره أن یشترط رب المال علی العامل مع الحصه ذهبا أو فضه

(و یکره أن یشترط رب المال علی العامل مع الحصه ذهبا أو فضه)

لم یظهر للکراهه دلیل، و أمّا ذکر الحصّه فقط فی الأخبار فأعمّ، و الأصل فی کراهه الشّـرط المفیـد إلّا أنّه عمّم فقال فی مساقاته: «و یکره أن یشترط مع الارتفاع

ص:۲۵۵

شی ء من ذهب أو فضّه أو غيرهما من الأعراض» نعم اقتصر الشّيخ فی النهايه علی ذكر كراهه اشتراط الذّهب و الفضّه.

(فلو شرط وجب بشرط سلامه الثمره)

و المفيد عمّم فقال مشيرا إلی غير الارتفاع: «فإن اشترط ربّ الضيعه كان مكروها و علی المزارع الخروج منه إذا كان قد رضی به و أوجبه علی نفسه إلّا أن تخيس الثمره أو تهلک بآفه فيبطل حينئذ ما شرطه المزارع علی نفسه ممّا سوی الارتفاع».

و النهايه عمّم الشرط علی العامل أو له فقال: «فإن شرط ذلک علی المساقی أو شرط له وجب عليهما الوفاء بما شرطا اللّهمّ إلّا أن تهلک الثمره بآفه سماويّه و لا يلزم حينئذ شی ء ممّا شرط عليه علی حال».

أقول: لو كان الشرط مطلقا لم يقيد بالسلامه يجب الوفاء به لان المؤمنين عند شروطهم و لا دليل علی سقوطه عند عدم السلامه .

و كلما فسد العقد فالثمره للمالک

(و كلما فسد العقد فالثمره للمالک) لأنها تابعه لأصلها (و عليه أجره مثل العامل) لأنه لم يتبرع بعمله، و لم يحصل له العوض المشروط فيرجع إلی الأجره. هذا إذا لم يكن العامل عالما بالفساد، و لم يكن الفساد بشرط عدم الحصه للعامل، و إلّا فلا شی ء له، لاقدام العامل علی ذلک.

ص:۲۵۶

ثم انه لو ظهر الشجر مستحقّا للغير و اقتسما الثمر هل يرجع المالک على العامل الجاهل بنصف الثمر (يعنى الحصه التى اخذها) كما قاله المبسوط أو بجميعه لأنّه كان تحت يده، الأظهر الأوّل لانه المتيقن من دليل الضمان و هو بناء العقلاء .

و لو شرط عند مساقاه فی عقد مساقاه فالأقرب الصحّه

(و لو شرط عند مساقاه فی عقد مساقاه فالأقرب الصحّه)

الأصل فيه أنّ المبسوط قال: «إذا قال: ساقيتک على هذا الحائط بالنّصف على أن أساقيک على هذا الآخر بالثلث بطلت، لأنّه بيعان فی بيع فإنّه ما رضى أن يعطيه من هذا النصف إلّا بأن يرضى منه بالثلث من الآخر، و هكذا فی البيع إذا قال: بعتک عبدى هذا بألف على أن تبيعنى عبدک بخمسمائه فالكلّ باطل- إلى- و يفارق هذا القول إذا قال: «ساقيتک على هذين الحائطين بالنصف من هذا و بالثلث من هذا، حيث يصحّ لأنّها صفقه واحده و عقد واحد- إلخ».

وفيه: انه لا فرق بينهما إلّا باللّفظ و لا أثر للّفظ و عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط شامل لهما . هذا و جعله الإسكافیّ مكروها مطلقا فقال: «و لا أختار إيقاع المساقاه صفقه واحده على قطع متفرّقه بعضها أشق عملا من بعض و لا أن يعقد ذلک على واحده و يشترط فی العقد العقد على الأخرى» و لم نقف على دليل.

و لو تنازعا فی خیانه العامل حلف العامل

(و لو تنازعا فی خیانه العامل حلف العامل)

لأنه أمین فیقبل قوله بیمینه فی عدمها، کما هومقتضی قاعده عدم ضمان الامین و ما علی الأمین إلّا الیمین و لأصاله عدمها.

(و لیس للعامل أن یساقی غیره)

اللازم هو العمل بمفاد العقد نفیا و إثباتا و اما مع اطلاق العقد و انصرافه الی العامل فلیس له أن یساقی غیره و اما مع عدمه فالصحیح أنه له ان یساقی غیره لعدم تقید العقد .

هذا و قال الإسکافیّ: «لو شارک غیره جاز إذا لم یشترط علیه المباشره و کان شریک الأوّل فی سهمه إذا عملا معا و إن انفرد الثانی بالعمل و لم یکن الأوّل مأذونا کان له اجره المثل» قلت: ما قاله هو مقتضی القواعد .

و قال القاضی: «إذا دفع إنسان إلی غیره نخلا بالنّصف فدفعه إلی آخر بعشرین وسقا کان الخارج نصفین بین المالک و الأوّل و للثانی علی الأوّل أجره المثل- إلی آخر ما قال» قلت: اما کونه نصفین بین المالک و الأوّل فلمقتضی عقد المساقاه الاول واما ان للثانی علی الأوّل أجره المثل فلبطلان عقده الثانی للغرر کما تقدم.

و الخراج علی المالک الّا مع الشرط

(و الخراج علی المالک الّا مع الشرط)

لأنه موضوع علی الأرض ابتداء، لا غیر ففی صحیح یعقوب بن شعیب، عن الصّادق (علیه السلام) سألته عن الرّجل یکون له الأرض من أرض الخراج فیدفعها إلی الرّجل علی أن یعمّرها و یصلحها و یؤدّی خراجها و ما کان من فضل فهو بینهما، قال: لا بأس»(۱)ومثله موثق سماعه المتقدم «سألته عن مزارعه المسلم المشرک فیکون من عند المسلم البذر و البقر و تکون الأرض و الماء و الخراج و العمل علی العلج، قال:لا بأس به».

و تملک الفائده بظهور الثمره

(و تملک الفائده بظهور الثمره)

حسبما اتفقا علیه و یستقرّ ملکها ببقائها بلا آفه.

(و تجب الزکاه علی کلّ من بلغ نصیبه النصاب من المالک و العامل)

لأنّ کلا منهما مالک للنصاب.

ص:۲۵۹

۱- الکافی (فی باب مشارکه الذّمّی، ۱۳۰ من معیشته)ح۲

(و لو كانت المساقاه بعد تعلّق الزكاه و جوزناها) بأن بقى من العمل ما فيه مستزاد الثمره (فالزكاه على المالك) لتعلق الوجوب بها على ملكه .

أقول: ما قاله المصنف مبتن على تعلّق الزكاه قبل التصفيه، و الصواب كونها بعدها كما تقدم فى كتاب الزكاه(١).

(و أثبت السيد) أبو المكارم حمزه (بن زهره الزكاه على المالك فى المزارعه و المساقاه، دون العامل)

محتجا بأن حصته كالأجره بلا فرق بين تعلق الوجوب قبل الثمر أم بعد الثمر. و هو ضعيف، لأن الأجره إذا كانت ثمره، أو زرعا قبل تعلق الوجوب وجبت الزكاه على الأجير، كما لو ملكها كذلك بأى وجه كان، و إن أراد كالأجره بعد تعلق الوجوب فليس محل النزاع .

حصيله البحث:

و لا ـ يكره أن يشترط ربّ المال على العامل ذهباً أو فضّهً و لو شرط وجب و لا ـ يشترط فيه سلامه الثّمره، و كلّما فسد العقد فالثّمره للمالك و عليه أجره مثل العامل إذا لم يكن العامل عالما بالفساد، و لم يكن الفساد بشرط عدم الحصه للعامل، و إلّا فلا شى ء له، و لو ظهر الشجر مستحقّا للغير و اقتسما الثمر رجع المالك على العامل الجاهل بالحصه التى اخذها لا الجميع, و لو شرط عقد مساقاهٍ

١- الدرر الفقهيه ج۵ص ۶٠

فی عقـد مساقـاهٍ فالأقرب الصّحه، و لو تنازعـا فی خیـانه العامل حلف، العامل و لیس للعامل أن یساقی غیره مع اطلاق العقـد و انصـرافه الی العامل , و الخراج علی المالک إلّا مع الشّرط، و تملک الفائده بظهور الثّمره، و تجب الزّکاه علی کلّ من بلغ نصیبه النّصاب، و لو کانت المساقاه بعد تعلّق الزّکاه بأن بقی من العمل ما فیه مستزاد الثمره فالزّکاه علی المالک .

و المغارسه باطله

(و المغارسه) و هی أن یدفع أرضا إلی غیره لیغرسها علی أنّ الغرس بینهما (باطله)

عند المصنف وعلل البطلان اولاً: باقتضاء الاصل لذلک بعد عدم الدلیل علی صحتها، فان عموم {أَوْفُوا بِالْعُقُود} ناظر إلی اثبات اللزوم للعقد الصحیح و لیس لإثبات صحه مشکوک الصحه کما هو المنقول عن صاحب الجواهر(۱).

و فیه: انه غریب هـذا الکلام من صـاحب الجواهر فـان الآیه نـاظره الی وجوب الوفـاء بـالعهود والالتزامات ولاشک لنا فی کون المغارسه نوع من الالتزام والعهد وبعد تحقق عقدیتها فلا شک فی شمول عموم الآیه المبارکه لها .

ص:۲۶۱

۱- جواهر الکلام ۲۷: ۵۹

و ثانیاً: بان الاثر للإنشاء لا بدّ و ان یکون مقارنا له - کما هو المستفاد من قوله تعالی: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} حیث یجب الوفاء بالعقد بمجرّد تحققه- و لذا لا یمکن الانشاء من الآن للبیع او الطلاق بعد یوم. و حیث انه فی باب المغارسه یصیر صاحب الارض مالکا للأشجار بعد الغرس لا من حین العقد فیلزم ما ذکر من الانفکاک الذی لا دلیل علی صحه العقد معه .

و فیه: انه یکفی فی صحتها عمومات الکتاب و السّنّه بعد فرض کونها معقوله وعقلائیه ولا فرق بینها وبین المزارعه والمساقاه والآیه داله علی وجوب الوفاء بالعهود والالتزامات فصاحب الارض ملتزم بالوفاء اذا ما انجز العامل عمل المغارسه کذلک العامل بما التزم فیه فای قصور فی شمول عموم الآیه لها وعلیه فالاقوی صحه المغارسه.

(و) بناءً علی بطلان المغارسه ف(لصاحب الأرض قلعه و له الأجره) عن الأرض (لطول بقائه) فیها .

و لو نقص بالقلع ضمن أرشه

(و لو نقص بالقلع ضمن أرشه)

و هو تفاوت ما بین قیمته مقلوعا، و باقیا فی الأرض بالأجره، و لو کان الغرس من مالک الأرض، و قد شرط علی العامل غرسه و عمله بالحصه فهو لمالکه، و علیه أجره الغارس، و ما عمل فیه من الأعمال.

و على تقـدير كونه من العامـل (لو طلب كـل منهمـا مـا لصاحبه) فطلب الغارس الأرض بالأجره على أن يبقى الغرس فيها، أو أن تكون الاـرض ملكه (بعوض) أو طلب صـاحب الأـرض الغرس بقيمته (لـم يجب على الآـخر إجـابته) لأـن كلا منهما مسـلط على مـاله. و حيث يقلعه الغارس يجب عليه طم الحفر، و أرش الأرض لو نقصت به، و قلع العروق المتخلفه عن المقلوع فى الأرض. و لم يفرق المصـنف فى إطلاـق كلاـمه بين العـالم بالفساد و الجاهل، فى اسـتحقاق الأرش، و ثبوت أجرته لو كان الغرس لمالك الأرض، والاقوى هو الفرق بين العالم بالفساد و الجاهل فى استحقاق الأرش، لتبرع العالم بالعمل فلا يستحق شيئا حينئذ .

و لو اختلفا فى الحصّه حلف المالک

(و لو اختلفا فى الحصّه حلف المالک)

أقول: اصاله عـدم الزياده التى يدعيها العامل مضافا لكونها من الاعدام الازليه لا تجرى لمعارضـتها لاصاله عدم ما يدعيه المالك و التى هى من الاعـدام الاـزليه ايضـا و وجه تعارضـهما بناءً على القول بصـحه جريان الاستصـحاب فى العـدم الازلى هو ان كلا منهما مـدع و منكر حيث ان كلا منهما يـدعى وقوع العقـد على ما يدعيه و الاصل عدمه و عليه فالصـحيح فى تشـخيص المدعى من المنكر هو: انه لا ريب فى وقوع عقد صـحيح بينهما فما اتفقا عليه هو الثابت و الاصل وهو القدر المتيقن من الحصه وكل من يـدعى الزيـاده عليه فهو المـدعى و بـذلك يظهر ان العامـل هو المـدعى لانه يـدعى الزياده على ما اتفقا عليه و بـذلك يظهر ان المراد من

ص:۲۶۳

اصاله عدم الزیاده فی باب التنازع هو عدم الزیاده علی القدر المتیقن بینهما کما هو فی الفروع الاتیه والمتقدمه.

و بـذلک تعرف ضـعف مـا قیل من أن النماء تابع للأصل فیرجع إلی مالکه فی مقـدار ما أخرجه منه عن ملکه فانه صـحیح لو لم یکن هناک عقـد صـحیح واما لو کان فالمرجع هو ما اتفقا علیه فی العقـد وحیث اختلفا فی ما تعلق به العقـد فکل منهما مـدع و منکر و الاصل عدم ما یدعیانه .

(و فی المده یحلف المنکر) لأصاله عدم ما یدعیه الآخر من الزیاده.

حصیله البحث:

المغارسه صحیحهٌ، و لو اختلفا فی الحصّه حلف المالک و فی المدّه یحلف المنکر.

(کتاب الوکاله)

اشاره

حقیقه الوکاله: (و هی استنابه فی التصرّف)

فهی عقـد یتضـمن تسـلیط الغیر علی کـل مـا امکن قیام الغیر فیه نیابهً معامله او غیرها.و هی تغایر النیابه .قیل: والاذن ایضا ولیس بصحیح.

اما ان الوکاله عقد فلا ریب فیه عرفا وعقلائیا . و خالف فی ذلک بعض من قارب عصرنا فاختار عدم توقف تحققها علی القبول، بدلیل انه لو قال الموکل للوکیل:

وكلتـك فى بيع دارى فباعهـا صـحّ البيع حتى مع الغفله عن قصـد النيـابه و إنشاء القبول بالبيع. و أيضا لو كانت عقـدا لزم مقارنه القبول لإيجابهـا، و الحـال ان من الجـائز توكيل الغائب الـذى يصـله خبر الوكاله بعـد فتره و هـذا لا يعنى ان القبول لو تحقق بعد الايجاب فلا تكون عقدا، بل المقصود ان بالامكان وقوعها بنحو الايقاع تاره و بنحو العقد اخرى(١).

و فيه: لاشـك فى كونهـا عقـدا لقضـاء الارتكـاز العقلائى بتوقف تحققهـا على القبول, و صـحه البيع التى أشـار إليها فى القرينه الاولى من جهه تحقـق القبول بالفعـل لا بـالقول , و الموالاه بين الايجـاب و القبول الـتى اشـار إليهـا فى القرينه الثـانيه لم يثبت اعتبارها فى العقد بشكل مطلق لو سلم بثبوت اعتبارها فى الجمله.

و مـا ذكره من تحققها احيانا بالايجاب و القبول معا غير واضـح، إذ لو كان الايجاب كافيا فى تحققها فلا دور لضم القبول، و من ثمّ يلزم ان تكون ايقاعا دائما.

و اما كونها تتضمن تسليط الغير على كل ما امكن قيام الغير فيه نيابةً فلان ذلك هو المفهوم منها عرفا.

١- ملحقات العروه الوثقى ٢: ١١٩

و امـا القول بان الوكاله تغاير الاذن من جهه ان الاذن لا يتوقف تحققه على القبول بخلاف الوكاله. ففيه: ان الشـخص بقبوله فعل ما اذن به الغير يكون فى الحقيقه محققا للوكاله من ذاك الحين .

فان قلت: ان الوكاله تنفسخ بفسخ الوكيل، بخلاف الاذن، فانه لا يرتفع برفض الماذون. و تصـرف الوكيل يقع صحيحا و ان عزله الموكل ما دام لم يبلغه خبر العزل، بخلافه فى الاذن، فان التصرف يقع باطلا مع التراجع و ان لم يبلغ الماذون ذلك.

قلت: الوكـاله تنفسـخ بفسـخ الوكيـل لو لم يقم بمـا هو وكيـل به واما بعـد انجاز العمل الموكل به فلا فرق بينهما , واما تصـرف الوكيـل يقع صـحيحا و ان عزله الموكـل ما دام لم يبلغه خبر العزل، بخلافه فى الاذن فـذلك لاجل تحقق الوكاله فى الاول دون الثانى .

و اما مغايره الوكاله للنيابه فـذلك لان فى الوكاله ينتسب الفعل الى الموكل، بخلافه فى النيابه، فالحـج الآتى به النائب لا ينتسـب إلى المنوب عنه، بخلافه فى مثل البيع الذى يأتى به الوكيل، فانه ينتسب إلى الموكل.

و النيابه قد تقع تبرعيه، بخلاف الوكاله، فانه لا يتصور فيها ذلك.

هذا و مشروعيه الوكاله من البديهيات لاستقرار سيره العقلاء و نظامهم عليها.

ص:۲۶۶

و فی صحیح هشام بن سالم فی خبر «و الوکاله ثابته حتّی یبلغه العزل عن الوکاله بثقه یبلغه أو مشافهه بالعزل عن الوکاله»(۱).

و یستدل علی ذلک ایضا بقوله تعالی: {فَلْیَأْتِکُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ}(۲) کما هو الظاهر من الآیه المبارکه بعد کون الاذن والوکاله امرا واحدا کما تقدم .

و اما عموم {أَوْفُوا بِالْعُقُود}(۳) فقیل: بعدم امکان التمسک به فی المقام للتسالم علی جواز الوکاله و عدم لزومها. قلت: تقدم شمول عموم الآیه لها و انها لا تنافی عدم لزومها وذلک لان الوکاله تتضمن التزام وتعهد الوکیل بما انیط له من عمل و التزام الموکل بالاذن له فی ما کانت الوکاله مشروطه فی عقد لازم وعلیه فتشملها عموم ایه {اوفوا بالعقود} و لا یعنی ذلک ان الوکاله من العقود اللازمه و ذلک لعدم کون تعهد العامل بالعمل علی نحو الالزام من مقوماتها بل هی تصح حتی لو لم یکن تعهد الزامی من العامل بالعمل فلیس الزام الطرفین من مقوماتها وهذا معنی کونها من العقود الاذنیه و لهذا قالوا بجوازها و ادعی علیه الاجماع و السر فی عدم کونها لازمه مع شمول ایه وجوب الوفاء بالعقود لها انها حیث صحت مطلقه بدون اجل معین وجب الوفاء بما تضمنته ما دام العقد باقیا لم یفسخ و هی لم تتضمن الالزام وانما تضمنت الاذن و لا دلاله فی الآیه علی عدم صحه الفسخ

ص:۲۶۷

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۲۱۳

۲- الکهف: ۱۹

۳- المائده: ۱

والاـ لما جاز فسخها الى ابد الدهر و هو كما ترى فان الآيه المباركه انما تدل على اللزوم فى ما اذا كان متعلق العقد متضمنا لمعنى اللزوم كأن يكون مؤجلاـ الى زمان معين كما فى الاجاره او متضمنا للتمليك بنحو الاطلاق كما فى البيع وعليه فلا منافاه بين كونها مشموله للايه وكونها من العقود الاذنيه .

و حيث أنها من جمله العقود فهى تفتقر إلى إيجاب و قبول (و إيجابها وكلتك، أو استنبتك) أو ما شاكله من الألفاظ الداله على الاستنابه فى التصرف .

(أو الاستيجاب و الإيجاب) كقوله: وكلنى فى كذا، فيقول: وكلتك بل يكتفى بكل ما يدل عليهما و ذلك لإطلاق دليل شرعيتها بعد فرض تحققها و منه يتضح الوجه فى تحققها بالكتابه ايضا .

(أو الأمر بالبيع و الشراء)

و النصوص بذلك مستفيضه ففى خبر عمر بن حنظله عن الصّادق (عليه السلام): سألته عن رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه فما فعلت شيئا ممّا قاولت من صداق أو ضمنت من شى ء أو شرطت فذلك لى رضى و هو لازم لى و لم يشهد على ذلك فذهب فخطب له- الخبر»(۱). و فى صحيح الحلبىّ، عنه (عليه السلام) «فى امرأه ولّت أمرها رجلا فقالت: زوّجنى فلانا- الخبر»(۲). و فى خبر هشام عنه (عليه السلام) «إذا قال لك الرّجل:

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۸۵

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۸۷

اشتر لی فلا تعطه من عندک»(۱). و فی موثق إسحاق بن عمّار، عنه (علیه السلام) «سألته عن الرّجل یبعث إلی الرّجل فیقول: ابتع لی ثوبا»(۲).

و فی خبر «عنه علیه السلام فی الرّجل یحمل المتاع لأهل السوق و قد قوّموا علیه قیمه فیقولون: بع فما ازددت فلک» (۳).

و فی صحیح زراره، عنه (علیه السلام) «رجل یعطی المتاع فیقول: ما ازددت علی کذا فهو لک»(۴) و فی صحیح محمّد بن مسلم عنه (علیه السلام) «فی رجل قال لرجل: بع لی ثوبا بعشره دراهم فما فضل فهو لک»(۵) و فی صحیح أبی بصیر، عنه (علیه السلام) «یقول للرّجل ابتع لی متاعا و الرّبح بینی و بینک»(۶) إلی غیر ذلک من الأخبار الّتی یقف علیها المتتبع فی مطاوی الفقه الدّالّه علی أنّ الأصل فی إنشاء الوکاله هو التعبیر عن حقیقه الوکاله بأن یقول له: افعل عنّی کذا و کذا لا لفظها، و إنّما یعبّر بلفظها فی مقام الإخبار عنها فیقول لغیره: وکّلت فلانا فی کذا و کذا.

(و قبولها قولی و فعلی)

ص:۲۶۹

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۳۵۲ح۱۱۹

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۳۵۲ح۱۲۰

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۵۴ح۳۳

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۵۴ح۳۱

۵- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۵۴ح۳۲

۶- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۵۶ح۴۴

و يدلّ على ما قال من كفايه الفعل الأخبار المتقدّمه.

عدم اشتراط الفوريه

(و لا يشترط فيه الفوريه فإن الغائب يوكّل)

لكن بشرط أن لا ـ يردّ أو يظهر التردّد. و التسالم على اعتبار الموالاه فى العقود ان فرض تحققه فلا يجزم بشموله للوكاله ان لم يدع الجزم بعدم شموله لها.

شرطيه التنجيز

(و يشترط فيها التنجيز)

اما عدم جواز التعليق فى الوكاله نفسها فللغرر وعلّله صاحب الجواهر بالإجماع القائم بكلا قسميه على عدم جواز التعليق فى مطلق العقود(١). و فيه: ان الاجماع محتمل المدركيه .

١- جواهر الكلام ٢٧: ٣٥٢

و يستدل على ذلك أيضاً بانه ينافى الجزم لانه يعرّض العقد لعدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله .

نعم التعليق على ما هو معلق عليه العقد فى الواقع لا يضر بتنجز العقد لتحققه عرفاً.

(و يصح تعليق التصرف)

اما جواز التعليق فى متعلق الوكاله دونها كما إذا قال الموكّل: انت وكيلى من الآن فى بيع دارى متى ما ارتفع سعرها فواضح لان الاجماع على عدم جواز التعليق فى الوكاله ان ثبت فهو ناظر الى تعليق الوكاله نفسها دون حاله التعليق فى متعلقها مع فرض اطلاقها، و لا أقلّ من كون ذلك هو القدر المتيقن منه فيعود دليل شرعيه الوكاله بلا مانع يمنع من التمسك باطلاقه.

(و هى جائزه من الطرفين)

كما تقدم فى اول بحث الوكاله و ذكرنا عدم المانع من شمول عموم {اوفوا بالعقود} لها ولا يعنى ذلك ان الوكاله من العقود اللازمه وذلك لعدم كون تعهد العامل بالعمل على نحو الالزام من مقوماتها بل هى تصح حتى لو لم يكن تعهد الزامى من العامل بالعمل فليس الزام الطرفين من مقوماتها وهذا معنى كونها من العقود الاذنيه و لهذا قالوا بجوازها وادعى عليه الاجماع و السر فى عدم كونها لازمه مع شمول ايه وجوب الوفاء بالعقود لها انها حيث صحت مطلقه بدون اجل معين وجب الوفاء بما تضمنته ما دام العقد باقيا لم يفسخ وهى لم تتضمن الالزام و

انما تضـمنت الاـذن و لاـ دلاـله فى الآـيه على عـدم صـحه الفسـخ و الّا لما جاز فسـخها الى ابـد الـدهر و هو كما ترى فان الآيه المباركه انما تدل على اللزوم فى ما اذا كان متعلق العقد متضـمنا لمعنى اللزوم كأن يكون مؤجلا الى زمان معين كما فى الاجاره او متضمنا للتمليك بنحو الاطلاق كما فى البيع و عليه فلا منافاه بين كونها مشموله للايه و كونها من العقود الاذنيه .

و عليه فلكلّ منهما إبطالها فى حضور الآخر و غيبته لكن قيل: «إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقا» . قلت: بل لا تبطل إلّا إذا أعلم الوكيـل الموكّـل وذلـك لعـدم انتفـاء اذن الموكـل وايجـابه كما صـرح به العلامه فى المختلف فقال: و الوجه أنّه يجوز للوكيل التصرّف بالإذن السّابق ما لم يمنعه الموكّل .هذا و نقل المختلف عن المبسوط بطلانها مطلقا وهو كما ترى.

و لو عزله الموكّل اشترط علمه بالعزل

(و لو عزله الموكّل اشترط علمه بالعزل و لا يكفى الاشهاد)

ذهب إلى كفايه الإشـهاد الشـيخ فى النهايه و تبعه الحلبىّ و القاضى و ابن حمزه و الحلىّ، و ذهب إلى عدمها الإسكافىّ و الشيخ فى خلافه، و هو الصحيح لاستفاضه النصوص المعتبره فيه و إن ادّعى الخلاف اختلافها كما أنّه ادّعى أنّ فى التهذيبين جمع بينها بترجيـح العـدم، مع أنّه لم يعنون المسأله فى الاسـتبصار، بل لم يـذكر كتاب وكاله، و فى التّهـذيب نقل الأخبار بلا ذكر معارض حتّى تحتاج

إلى جمع فروى(١)خمس روايات منها خبر جابر بن يزيد و معاويه بن وهب، عن الصّادق (عليه السلام): «من وكّل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكاله ثابته أبدا حتّى يعلمه بالخروج منها كما أعلمه بالدّخول فيها»(٢).

و منها: صحيح هشام بن سالم، عنه (عليه السلام) «عن رجل وكّل آخر على وكاله فى إمضاء أمر من الأمور و أشهد له بذلك شاهدين، فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا أنّى قد عزلت فلانا عن الوكاله، فقال: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذى وكّل فيه قبل العزل عن الوكاله فإنّ الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكّل أم رضى.

قلت: فإنّ الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنّه قد عزل عن الوكاله فالأمر ماض على ما أمضاه؟ قال: نعم، قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر، ثمّ ذهب حتّى أمضاه لم يكن ذلك بشى ء؟ قال: نعم إنّ الوكيل إذا وكّل ثمّ قام عن المجلس فأمره ماض أبدا، و الوكاله ثابته حتّى يبلغه العزل عن الوكاله بثقه يبلغه أو مشافهه بالعزل عن الوكاله»(٣).

و خبر العلاء بن سيابه عنه (عليه السلام): «سألته عن امرأه وكّلت رجلا بأن يزوّجها من رجل فقبل الوكاله و أشهدت له بذلك، «فذهب الوكيل فزوّجها ثمّ إنّها أنكرت

ص:٢٧٣

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۶، ص: ٢١٣

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۶، ص: ٢١٣ح١

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۶، ص: ٢١٣ح٢

ذلـک الوکیـل و زعمت أنّهـا عزلته عن الوکـاله، فأقـامت شاهـدین أنّها عزلته، قال: فما یقول من قبلکم فی ذلک، قلت: یقولون: ینظر فی ذلـک فـإن عزلته قبـل أن یزوّج فالوکـاله بـاطله و التزویـج باطـل، و إن عزلته و قـد زوّجها فالتزویـج ثابت علی ما زوّج الوکیـل علی مـا اتّفق معهـا من الوکـاله إذا لم یتعـدّ شـیئا ممّا أمرته به و اشترطت علیه فی الوکاله، قال: فقال: یعزلون الوکیل عن وکالته و لا تعلمه بالعزل، فقلت: نعم یزعمون أنّها لو وکّلت رجلا و أشـهدت فی الملاء، و قالت فی الملاء: اشهدوا أنّی قد عزلته بطلت وکـالته، و إن لم یعلم العزل و ینقضون جمیع مـا فعـل الوکیـل فی النکـاح خاصّه، و فی غیره لا یبطلون الوکاله إلّا أن یعلم الوکیـل بـالعزل و یقولون: المـال منه عوض لصـاحبه و الفرج لیس منه عوض إذا وقع منه ولـد، فقـال: سـبحان اللّه ما أجور هـذا الحکم و أفسده إنّ النکاح أحری و أحری أن یحتاط فیه و هو فرج و منه یکون الولد، إنّ علیّا (علیه السـلام) أتته امرأه مسـتعدیه علی أخیها فقالت: وکّلت أخی هـذا بأن یزوّجنی رجلا فأشـهدت له ثمّ عزلته من ساعته تلک فذهب، و زوّجنی و لی بیّنه أنّی قد عزلته، قبل أن یزوّجنی، فأقامت البیّنه، و قال الأخ: إنّها وکّلتنی و لم تعلمنی بأنّها قد عزلتنی عن الوکاله حتّی زوّجتها کما أمرتنی به، فقال لها: فما تقولین؟ فقالت: قد أعلمته، فقال لها لک بیّنه بذلک؟ فقالت: هؤلاء شهودی یشهدون بأنّی قد عزلته، فقال (علیه السـلام): کیف تشهدون؟ قالوا: نشهد إنّها قالت: «اشهدوا إنّی قد عزلت أخی فلانا عن الوکاله بتزویجی فلانا و إنّی مالکه لأمری من قبل أن یزوّجنی فلانا، فقال: أشـهدتکم علی ذلک بعلم منه و محضر؟ قالوا: لا، قال: أ فتشهدون أنّها أعلمته العزل کما أعلمته الوکاله، قالوا:لا،

قال: أری أنّ الوکاله ثابته و النکاح واقع، أین الزوج؟ فجاء فقال: خذ بیدها بارک اللّه لک فیها، فقالت: یا أمیر المؤمنین أحلفه أنّی لم أعلمه العزل و أنّه لم یعلم بعزلی إیّاه قبل النکاح، قال: و تحلف؟ قال: نعم، فحلف و أثبت وکالته و أجاز النّکاح»(۱)وغیرها , ثمّ روی خبرا فی حکم قبض الأب صداق بنته مع الوکاله و بدونها، و خبرا آخر فی حکم امرأه وکّلت رجلا فی تزویجها مع عیبها و حکم امرأه وکّلت رجلا فی تزویجها ثمّ زوّجها من نفسه و ختم باب الوکالات. فلا بدّ أنّ الخلاف و هم، و کیف کان فبه قال الصدوق حیث قال: باب الوکاله و روی الأخبار المتقدمه، و روی ذینک الخبرین، ولم أقف علی فتوی النهایه علی خلاف الأخبار , و به قال الکلینیّ حیث إنّه روی خبر أبی هلال الرّازی(۲) احد الاخبار الخمسه التی نقلها التهذیب الدال علی ذلک.

(و تبطل بالموت)

لانه لا مورد معه للوکاله لأنّها تفویض حیّ إلی آخر أمرا من أموره الّتی تقبل النّیابه.

(و الجنون)

لخروجه عن اهلیه التصرف بلافرق بین تصرفاته بالفعل ام سابقا .

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۲۱۴ح۵
۲- الکافی(فی باب الوکاله فی الطلاق، و هو ۵۵ من أبواب طلاقه)

(و الإغماء)

عنـد المصـنف و قـد يقال فی وجهه ان الوکاله هی فی روحها اذن خاص تترتب علیه بعض الخصوصـیات، و معه فمن المناسـب بطلانها بما ذکر لزوال الاذن بذلک.

و فیه: انه لاـیزول الاـذن بـذلک اولاًـ و علی فرض الشـک یستصـحب فالاـقوی عـدم زوال الوکـاله بالاغماء و حاله حال النوم و المرض الشدید.

(و بالحجر علی الموکل فی ما وکل فیه)

بالسـفه، و الفلس، لأن منعه من مباشـره الفعل یقتضی منعه من التوکیل فیه فلیس الفرع فوق الأصل. و فی حکم الحجر طرو الرق علی الموکل بأن کان حربیا فاسترق، و لو کان وکیلا أصبح بمنزله توکیل عبد الغیر.

(لا بالنوم و ان تطاول ما لم یؤد الی الإغماء)

بناءً علی بطلان الوکاله به لکن تقدم ان الاقوی خلافه .

(و تبطل بفعل الموکّل ما تعلقت به الوکاله)

کما لو وکّله فی بیع عبد ثمّ باعه و بطلانها بمعنی عدم بقاء لموردها و فی حکمه فعله ما ینافیها کعتقه.

حصیله البحث:

ص:۲۷۶

الوکاله استنابهٌ فی التّصرّف و إیجابها: وکّلتک و استنبتک أو الاستیجاب و الإیجاب أو الأمر بالبیع و الشّراء، و قبولها قولیٌّ و فعلیٌّ. و إیجابها: وکّلتک و استنبتک أو الاستیجاب و الإیجاب أو الأمر بالبیع و الشّراء، و قبولها قولیٌّ و فعلیٌّ , و لا یشترط فیه الفوریّه فإنّ الغائب یوکّل، و یشترط فیها التّنجیز، و یصحّ تعلیق التّصرّف و هی جائزهٌ من الطّرفین، و لو عزله اشترط علمه، و لا یکفی الإشهاد، و تبطل بالموت و الجنون و الحجر علی الموکّل فیما وکّل فیه، و لا تبطل بالنّوم و إن تطاول و لا الإغماء، و تبطل بفعل الموکّل ما تعلّقت به الوکاله.

إطلاق الوکاله فی البیع یقتضی...

(و إطلاق الوکاله فی البیع یقتضی البیع بثمن المثل حالاً بنقد البلد و لو خالف ففضولی)

قال فی الخلاف: «إطلاق الوکاله فی البیع یقتضی البیع بثمن المثل» و لکن قال الإسکافیّ «لو فوّض المالک إلی الوکیل العمل بما یری کان ما عمله الوکیل ممّا لا تعدّی فیه للعرف ماضیا و لو لم یجعل ذلک إلیه، و إنّما وکّله فی البیع و لم یقل: بما رأیت لم یجز البیع إلّا بعد مؤامره المالک. و لو قال «بما رأیت» و لم یقل له: «و کیف رأیت» لم یکن له أن یحتال بالثمن و لا یأخذ به کفیلا و لا رهنا»(۱).

ص:۲۷۷

۱- مختلف الشیعه فی أحکام الشریعه؛ ج ۶، ص: ۳۷

أقول: و الصواب أن يقال: مع الإطلاق لم يكن له أن يحتال بالثّمن أو يأخذ به كفيلا أو رهنا، و أمّا مع قوله: «أنت وكيل فى البيع بما رأيت» فيصحّ و لا فرق بين «بما رأيت» و «كيف رأيت».

ثمّ إنّ الدّعائم روى مرسلا عن أبى جعفر (عليه السلام): «من وكّل وكيلا على بيع فباعه له بوكس من الثمن جاز عليه إلّا أن يثبت أنّه تعمّد الخيانه أو حابى المشترى بوكس، و كذلك إن وكّله على الشراء فتغالى فيه إن لم يعلم أنّه تعمّد الزّياده أو خان أو حابى فشراؤه جائز عليه، و إن علم أنّه تعمّد شيئا من الضّرر ردّ بيعه و شراؤه، فإن وكّله على بيع شى ء فباع له بعضه و كان ذلك على وجه النظر فالبيع جائز» وحيث انه ضعيف السند فلا تعويل عليه.

(و انّما تصحّ الوكاله فى ما لا يتعلّق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه كالعتق و الطلاق و البيع لا فيما يتعلّق غرضه بإيقاعه)

من مباشر بعينه و يعرف ذلك من بناء العرف وذلك لحجيه ما يفهمه من النص من خلال تحكيم مناسبات الحكم و الموضوع و غيرها من القرائن..

و قد علم تعلق غرضه بجمله من العبادات، لأن الغرض منها امتثال المكلف ما أمر به و انقياده بفعل المأمور به و لا يحصل ذلك بدون المباشره (كالطهاره) فليس له الاستنابه فيها أجمع، و إن جاز فى غسل الأعضاء و مسحها حيث يعجز عن مباشرتها، مع توليه النيه و مثل هذا لا يعد توكيلا حقيقيا، و من ثم يقع ممن لا يجوز توكيله كالمجنون، بل استعانه على إيصال المطهر إلى العضو كيف اتفق.

ص:٢٧٨

هـذا و قال الشـيخ: الطهاره لا يصحّ التوكيل فيها، و انّما يسـتعين بغيره فى صب الماء عليه على كراهيه فيه. و قال ابن البراج: و أمّا النيابه فى صب الماء على المتطهّر القادر على الطهاره فعندى لا يجوز، و قد أجازه بعض أصـحابنا على كراهيه. قلت: مراد الشـيخ من عدم صحه التوكيل هو عدم صحه النيابه و اما الاستعانه بصب الماء فى كف الانسان ليتوضأ به فليس من النيابه نعم هو مكروه كمـا ورد فى معتبر السَّكُونى عن أبى عبـد اللَّه (عليه السـلام) عن آبـائه عن على (عليه السـلام) قـال قال رسول اللَّه ص خلَّتان لا أُحبُّ أن يُشاركنى فيهما أحد وضوئى فإنَّه من صلاتى و صدقتى فإنَّها من يدى إلى يد السَّائل فإنَّها تقع فى يد الرَّحمن(۱).

(و الصلاه الواجبه فى حال الحياه)

اى حياه الموكل فلا يسـتناب فيها مطلقا إلّا ركعتا الطواف، و احترز بالواجبه عن المندوبه، فيصح الاستنابه فيها فى الجمله كصلاه الطواف المندوب كما فى خبر الحضرمى(۲) و قد اعتمده الكافى، أو فى الحج المندوب و إن وجب .

هـذا و قال العلامه: تصحّ الوكاله من أهل السـهمان(۳) فى قبض الزكـاه قاله الشـيخ فى المبسوط(۴). و قال ابن البراج: لا تصـحّ الوكاله فى الزكاه إلّا فى إخراجها.و قال ابن

۱- الخصال، ج ۱، ص: ۳۳

۲- وسائل الشيعه، ج ۱۱، ص: ۲۰۵ باب ۳۰ استحباب التطوع بطواف و ركعتين عن المؤمنين.

۳- السهمان جمع السهم وهو النصيب - مختار الصحاح ص۳۱۳

۴- المبسوط: ج ۲ ص ۳۶۱

إدريس: قال بعض أصحابنا: يجوز من أهل السهمان التوكيل فی قبضها(۱).و قال ابن البراج: لا يجوز، و هو الذی يقوی فی نفسی، لأنّه لا دلاله عليه، فمن ادّعاه فقد أثبت حكما شرعيا يحتاج فی إثباته إلی دليل شرعی، و لا دلاله», الی ان قال: «و الحق الجواز. لنا: انّه عمل مباح يقبل النيابه فصحّت الوكاله فيه، امّا اباحته فلا شک فيها، و أمّا قبوله النيابه فظاهر، و لهذا وضع الشارع نصيبا للعامل، و لا خلاف انّه يجب دفع الزكاه الی الامام و العامل، و تبرأ ذمه الدافع و ان تلفت، لأنّهما كالوكيلين لأهل السهمان. و أیّ استبعاد فی أن يقول الفقير: وكلتک فی قبض ما يدفعه المالک إلیّ عن زكاته، و لا يستلزم ذلک استحقاق المطالبه، بل إذا اختار المالک الدفع الی ذلک الفقير جاز الدفع الی وكيله(۲). قلت: وقد اجاد فيما افاد فهو الاقوی.

حصيله البحث:

إطلاق الوكاله فی البيع يقتضی البيع بثمن المثل حالًّا بنقد البلد و كذا فی الشّراء و لو خالف ففضولیٌّ، و إنّما تصحّ الوكاله فيما لا يتعلّق غرض الشّارع بإيقاعه من مباشرٍ بعينه كالعتق و الطّلاق و البيع لا فيما يتعلّق كالطّهاره و الصّلاه الواجبه فی الحياه .

ص:۲۸۰

۱- السرائر: ج ۲ ص ۸۲

۲- مختلف الشيعه فی أحكام الشريعه؛ ج ۶، ص: ۱۸

(و لا بدّ من كمال المتعاقدين)

بالعقل و لا ريب فى اشتراطه .

قيل: و بالبلوغ كما عن الإسكافى حيث قال: «و لا نختار توكيل غير ذى الدّين من البالغين». قلت: لا دليل عليه و اما ما استدلّ المبسوط له بعدم الدّليل على صحّته ففيه: أن سيره العقلاء والمتشرعه قائمه على توكيل غير البالغ فى ما هو قادر عليه مع أنّ فى أخبارنا توكيل أمّ سلمه ابنها سلمه فى تزويجها من النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله مع صغره و قد تقدم فى كتاب البيع صحه توكيل الصبى و دلاله قوله تعالى {وابتلوا اليتامى...} عليه .

(و جواز تصرف الموكل)

فلا يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته. و خص الموكل، لجواز كون المحجور فى الجمله وكيلا لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف كالسفيه، و المفلس و العبد بإذن سيده.

ص:٢٨١

(وتجوز الوكاله فی الطلاق للحاضر)

کما فی صحیح سعیدٍ الأعرج عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) قال: سألته عن رجلٍ جعل أمر امرأته إلی رجلٍ فقال اشهدوا أنّی جعلت أمر فلانه إلی فلانٍ أ یجوز ذلک للرّجل قال نعم(۱).

و صحیح ابن مسکان و هو من اصحاب الاجماع عن أبی هلالٍ الرّازیّ قال: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام) رجلٌ وکّل رجلًا بطلاق امرأته إذا حاضت و طهرت و خرج الرّجل فبدا له فأشهد أنّه قد أبطل ما کان أمره به و أنّه قد بدا له فی ذلک قال فلیعلم أهله و لیعلم الوکیل(۲) وغیرهما.

(کالغائب) لأن الطلاق قابل للنیابه، واطلاق النصوص شامله له.

هذا و منع الشیخ من توکیل الحاضر فیه استنادا إلی خبر زراره عن أبی عبد اللَّه (علیه السلام) قَالَ: «لا تَجوزُ الوکالهُ فی الطَّلاق»(۳) جمعا منه بینه و بین صحیح سعید الاعرج وغیره بحمل هذا علی الحاضر و حمل تلک علی الغائب و تبعه الحلبیّ و القاضی.

و فیه: انه لا شاهد لهم لهذا الحمل فهو حمل تبرعی مع کون الخبر ضعیفا لاوثوق فیه کما سیأتی معارض لما هو اقوی منه.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۲۹ح ۱و۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۲۹ح ۴

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۱۳۰ح ۶

ثم ان ظاهر كلام المصنف أنّ توكيل الغائب لا خلاف فيه مع أنّه أيضا خلافىّ فقال الكلينىّ بعد نقل خبر زراره عن الصّادق (عليه السلام): «لا تجوز الوكاله فى الطلاق»(۱): «قال الحسن بن سماعه: و بهذا الحديث نأخذ».

أقول: لا أثر لخلاف الحسن بن سماعه لكونه واقفيّا من شيوخهم و كان يعاند و يتعصّب، و الصواب حمل خبره على الشذوذ كما يفهم من الكلينىّ فإنّه قال فى آخر الباب: «و روى»(۲) والظاهر ان الغرض من نقله مسندا ليعلم ضعف سنده ففى أحد طريقيه واقفيّون حميد و الحسن بن سماعه و جعفر بن سماعه، و فى طريقه الآخر معلّى بن محمّد الذى مضطرب الحديث و المذهب.

(و لا يجوز للوكيل أن يوكّل الّا مع الإذن صريحا) و لو بالتعميم كاصنع ما شئت.

(أو فحوى، كاتساع متعلقها)

بحيث تدل القرائن على الإذن له فيه كالزراعه فى أماكن متباعده لا تقوم إلا بمساعد ولذا جوّز الإسكافىّ مع الإطلاق التوكيل إذا أراد سفرا و لم يكن موكّله بحاضر أيضا، لدلاله القرائن على الإذن له فيه فيما إذا كان ما وكّله فيه يفسد لو تركه فيجوز فى مثله التوكيل.

(و ترفّع الوكيل عما وكّل فيه عاده)

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۳۰ح۶
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ۱۲۹بعد الحديث الخامس .

فإن توكيله حينئذ يدل بفحواه على الإذن له فى التوكيل، مع علم الموكل بترفعه عن مثله، و إلّا لم يجز لأنه مستفاد من القرائن، كما و انه مع جهل الموكل بحاله ينتفى.

حصيله البحث:

يشترط فى الوكاله كمال المتعاقدين و الاقوى صحه توكيل الصبى, و جواز تصرّف الموكّل فلا يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته , و تجوز الوكاله فى الطّلاق للحاضر كالغائب و لا يجوز للوكيل أن يوكّل إلّا مع الإذن صريحاً أو فحوى كاتّساع متعلّقها و ترفّع الوكيل عمّا وكّل فيه عادةً.

(و يستحبّ أن يكون الوكيل تام البصيره عارفا باللّغه الّتى يحاور بها)

لم يرد نص به بالخصوص , وقال فى الجواهر: «ويستحب استحبابا إرشاديا أن يكون الوكيل تام البصيره فيما و كل فيه عارفا باللغه التى يتحاور بها فى الموكل فيه، بحيث يكون مليا بتحقيق مراد الموكل، بل عن ابن البراج و ظاهر أبى الصلاح وجوبه، و لكنه ضعيف و الوجه الندب.

قلت: اما الوجوب فلا دليل عليه كما و ان المراد من الاستحباب الارشادى حكم العقل بحسن ذلك كما قالوا: «أرسل حكيما و لا توصه»(۱).

ص:۲۸۴

۱- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۷، ص: ۳۹۱

ثم قال: «كما انه ينبغى للحاكم أن يوكل عن السفهاء من يتولى الحكومه و الخصومه عنه، إذا لم يباشر هو، و كذا يوكل من يباشر عنه جميع ما يقتضيه الحال من التصرف الممنوعين منه و كذا غير السفهاء ممن للحاكم ولايه عليه، و كذا الحكم فى الوصى و غيره من الأولياء، إلا أن ينص الموصى على عدم التوكيل عنهم»(۱) .

قلت: تعبيره ب«ينبغى» ليس بصحيح بل يجب على الحاكم تولى ذلک مباشره او تسبيبا .

(و يستحبّ لذوى المروّات التوكيل فى المنازعات)

عند المصنف قال فى الجواهر: «يكره لذوى المروات من أهل الشرف و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان أن يتولوا المنازعه بأنفسهم لهم فضلا عنها لغيرهم. بل قد يستفاد مما روى عن على عليه السلام «أن للخصومه قحما، و أن الشيطان ليحضرها، و إنى لأكره أن أحضرها» عموم الكراهه المتسامح فيها، و إن تأكدت فيهم خصوصا، إذا كانت مع ذوى الألسنه البذيّه.

و لا ينافى ذلک مخاصمه النبى صلى الله عليه و آله و سلم(۲) مع صاحب الناقه إلى رجل من قريش، ثم إلى على عليه السلام، و مخاصمه على عليه السلام(۳) مع رجل

ص:۲۸۵

۱- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۷، ص: ۳۹۱

۲- الوسائل الباب ۱۸- من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث ۱

۳- الوسائل الباب- ۱۴ من أبواب كيفيه الحكم و أحكام الدعوى الحديث ۶

رأى عنده درع طلحه «فقال له: إنها درع طلحه أخذت غلولا يوم البصره، فأنكره و دعاه إلى شريح القاضى فمضى عليه السلام معه إليه»و هى مشهوره، و مخاصمه على بن الحسين عليهما السلام مع زوجته الشيبانيه لما طلقها و ادعت عليه المهر، فإن الدواعى و الضرورات الرافعه للكراهه فى حقهم عليهم السلام قائمه»(۱).

أقول: كما يستدل له ايضا بما فى المستدرك عن العوالى «و روى أنّ عليّا (عليه السلام) وكّل أخاه عقيلا فى مجلس أبى بكر أو عمر، و قال: هذا عقيل فما قضى عليه فعلىّ و ما قضى له فلى، و وكّل عبد اللّه بن جعفر فى مجلس عثمان. لكن الكل كما ترى ضعيف كما هو معارض بما تقدم مما نقله صاحب الجواهر .

(و لا تبطل الوكاله بارتداد الوكيل)

لعدم الدليل على البطلان كما ان مقتضى الاستصحاب بقاؤها نعم ذهب إلى بطلانها الإسكافىّ، و قال الشيخ و القاضى بعدمه، و موضع كلامهم الوكيل و الموكّل ولا شاهد لهم.

(و لا يتوكل المسلم للذمّى على المسلم على قولٍ، و لا الذمّى على المسلم لمسلم و لا لذمّى قطعا، و باقى الصور جائزه)

قال المفيد: «و للمسلم أن يتوكّل للمسلمين على أهل الإسلام، و لأهل الذّمّه على أهل الذّمه خاصّه» و مثله الحلبىّ و الشيخ فى النهايه و جوّزه المبسوط فقال:

ص:۲۸۶

۱- جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۷، ص: ۳۹۲

«يكره أن يتوكّل المسلم للكافر على مسلم، و ليس بمفسد للوكاله، و قال: «إذا وكّل المسلم ذمّيا أو مستأمنا صحّ التوكيل، لأنّه ليس من شرط التوكيل كما ليس من شرطه العداله»، و مراده توكيل المسلم ذمّيا على المسلمين بدليل تعليله، و مثله الخلاف، لكن قال: «يكره أن يتوكّل مسلم لكافر على المسلم، و لم ينكر ذلك أحد من الفقهاء، دليلنا إجماع الفرقه و لأنّه لا دليل على جوازه».

و لا دليل على الحرمه واستدلّ لها بقوله تعالى {وَلَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا} و هو كما ترى فلا دلاله للايه على المقام و فرّق الحليّ فقط بين الصّور الثلاث فجوّز الأوّل دون الأخيرتين كما أنّ عدم جواز الصوره الأولى لم يقل به الشيخ فقط فقال به المفيد و الدّيلميّ و الحلبيّان و ابن حمزه و لم يقل به الشيخ مطلقا، و إنّما قال به فى نهايته دون مبسوطه و خلافه، و المفهوم من الإسكافى أيضا جواز الثلاث، فقال: «و لا يستحبّ وكاله المسلم لمن يوجب الدّين البراءه منه و لا توكيله» فقوله: «وكاله المسلم» صريح فى جواز الأولى على كراهه، و قوله: «و لا توكيله» ظاهر فى جواز الأخيرتين على كراهته أيضا.

حصيله البحث:

قيل: و يستحبّ أن يكون الوكيل تامّ البصيره عارفاً باللّغه الّتى يحاور بها، و يستحبّ لذوى المروءات ايضا التّوكيل فى المنازعات. قلت: لم يثبت الاستحباب فيهما , و لا تبطل الوكاله بارتداد الوكيل، و يجوز ان يتوكّل المسلم للذّمّىّ على المسلم، و الذّمّىّ على المسلم لمسلمٍ، و ذمّيٍّ .

ص:٢٨٧

و لا يتجاوز الوكيل ما حدّ له الّا أن تشهد العاده بدخوله

(و لا يتجاوز الوكيل ما حدّ له)

لان الوكاله ترجع فى روحها إلى الاذن فلا بد من الاقتصار على حدودها.

(الّا أن تشهد العاده بدخوله كالزياده فى ثمن ما وكّل فى بيعه، و النقيصه فى ثمن ما وكل فى شرائه)

قال الإسكافىّ: «إذا قال: بعه فى مدينه بغداد، فباعه فى سوادها ضمن، و إن قال: بعه فى بغداد فبايعه فى موضع لا يقصّر فيه أهل مدينه بغداد الصّلاه إذا خرجوا إليه لم يضمن و إن تجاوز ذلك ضمن» وقال الشيخ: «إذا أمره بالبيع فى سوق فباع فى غيرها صحّ» قلت: و الصواب ما قاله المصنّف انه لا يتجاوز الوكيل ما حدّ له الّا أن تشهد العاده بدخوله.

حصيله البحث: و لا يتجاوز الوكيل ما حدّ له إلّا أن تشهد العاده بدخوله .

(و تثبت الوكاله بعدلين)

لعموم حجيه البينه فان الاصل الاولى فى الاثبات هو البينه بمعنى شهاده رجلين عدلين لان ذلك هو المنصرف من كلمه «البينه» المعتبره فى الاثبات فى مثل قوله

صلّى اللّه عليه و آله: «البينه على من ادعى»(۱) أو «انما اقضى بينكم بالبينات و الايمان»(۲).

و على تقدير التشكيك فى ذلك يمكن التمسك بالاطلاق المقامى، فان الوسيله المعروفه فى الاثبات هى شهاده عدلين، و السكوت عن تحديد البينه انما ان يكون اعتمادا على ذلك .

(و لا تقبل فيها شهاده النساء منفردات و لا منضمات)

كما تقدم فى كتاب الشهادات(۳).

(و لا تثبت بشاهد و يمين)

لأنّ الوكاله ليست بمال حتى تثبت برجل و امرأتين فلا بدّ فيها من شهاده رجلين.

(و لا بتصديق الغريم)

أقول: أمّا تصديق الغريم فلا أثر له، و إنّما المؤثّر تصديق الموكّل، فإنّه إقرار دون تصديق الغريم .

ص:۲۸۹

۱- وسائل الشيعه ۱۸: ۱۷۰ الباب ۳ من أبواب الشهادات الحديث ۱

۲- وسائل الشيعه ۱۸: ۱۶۹ الباب ۲ من أبواب الشهادات الحديث ۱

۳- الدرر الفقهيه ج۷ كتاب الشهادات ص۲۶۹

ثم ان العدلين لو اختلفا فی لفظ التوکیل فقال أحدهما: قال الموکّل: «جعلته وکیلا»، و قال الآخر: قال: «جعلته جریّا» أو قال أحدهما؟ قال: «وکّلتک» و قال الآخر: قال:«استنبتک» قال الإسکافیّ تثبت، و قال الشیخ: لا تثبت، و هو الصحیح لانه لابد من توارد الشهادتین علی شیء واحد. وبذلک یظهر ضعف قول الأسکافی الاخر أیضا: «لو شهد أحدهما بکونه وکیلا فی الخصومه إلی قاضی بغداد، و الآخر إلی قاضی مصر کان وکیلا فی الخصومه إلی قاضی کلّ بلد».

(و الوکیل أمین لا یضمن الّا بالتفریط أو التعدی)

کما هو مقتضی قاعده عدم ضمان الامین .

و یؤید کون الامین ضامنا عند التعدی خبر محمّد بن مرازم، عن أبیه أو عمّه «شهدت أبا عبد اللّه (علیه السلام) و هو یحاسب وکیلا له، و الوکیل یکثر أن یقول: و اللّه:ما خنت، و قال (علیه السلام) له: یا هذا خیانتک و تضییعک علیّ مالی سواء إلّا أنّ الخیانه شرّها علیک- الخبر»(1).

(و یجب علیه تسلیم ما فی یده الی الموکّل إذا طولب به)

ص:۲۹۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۰۴ح۲

کما فی صحیحه الکاهلیّ، عن الصّادق (علیه السلام) قال: «سألته عن القصّار أسلّم إلیه الثوب و أشترط علیه یعطینی فی وقت، قال: إذا خالف و ضاع الثّوب بعد الوقت فهو ضامن»(1) و مورده و إن کان الأجیر، إلّا أنّ المناط واحد.

(فلو أخر مع الإمکان ضمن) لانه من مصادیق التعدی .

(و له أن یمتنع حتّی یشهد علی الموکّل و کذا کلّ من کان علیه حق)

بدلیل قوله صلّی اللّه علیه و آله: «لا ضرر و لا ضرار» الداله علی نفی الحکم الضرری و تحمّله للیمین ضرر.

(و ان کان ودیعه یقبل قوله فی ردّها)

هکذا فی بعض النسخ و افتی المصنف بخلاف ذلک فی کتاب الودیعه فقال: «و لا یقبل قول الودعی فی ردها إلّا ببینه» و هو الصحیح لانه مدع حیث ان الاصل عدم الرد فلا یقبل قوله بمجرد دعوی الرد .

(والوکیل فی الودیعه) لمال شخص عند آخر (لا یجب علیه الإشهاد) علی المستودع و المراد من الوجوب هنا الوجوب لدفع الضمان عن نفسه (بخلاف الوکیل فی قضاء الدین، و تسلیم المبیع) فلیس له ذلک حتی یشهد .

ص:291

1- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج 5، ص: 242ح6

و الفرق أن الإشهاد على الودعى لا يفيد ضمانه لقبول قوله فى الرد، بخلاف غيره لكن تقدم فى العناوين السابقه ان الصحيح عدم الفرق بين الامرين و ان الوكيل فى الوديعه مثل الوكيل فى قضاء الدين لايقبل قوله فى الرد الّا ببينه, و الأصل فى هذا الفرع العامّه ذكره المبسوط فقال: «فأمّا إذا كان ذلك فى الإيداع فأمره أن يودع المال الذى أعطاه إيّاه رجلا سمّاه له فادّعى الوكيل تسليمه إلى المودع و أنكر المودع ذلك، كان القول قوله مع يمينه، فإن حلف أسقط دعوى الوكيل، و هل يرجع الموكّل على الوكيل أم لا، ينظر فإن كان تسليمه إلى المودع بحضرته لم يرجع عليه لأنّه غير مفرّط فيه، و إن كان بغيبته فهل يكون مفرّطا بترك الاشهاد قيل: فيه و جهان: أحدهما لا يكون مفرّطا لأنّه لا فائده فى الشهاده لأنّ أكثر ما فيه أن يثبت الإيداع بالشهاده فإذا ثبت بها كان للمودع أن يدّعى التلف أو الرّدّ، و إذا ادّعى ذلك كان القول قوله مع يمينه، و الثانى أنّ الوكيل يكون مفرّطا فى تركه الإشهاد لأنّه أمره بإثبات الإيداع كما أمره بإثبات القضاء فى المسأله الأولى فإذا لم يشهد فقد ترك ما أمره به، فمن قال: يكون مفرّطا رجع به عليه، كما قلنا فى القضاء، و من قال: لا يكون مفرّطا لم يرجع به عليه، و هو الأقوى»(1) و الظاهر أنّ مراده بقوله فى ما مرّ «فإذا ثبت بها كان للمودع أن يدّعى التلف أو الرّدّ، و إذا ادّعى ذلك كان القول قوله مع يمينه» إنّه لما كان عالما بالإشهاد عليه و أراد الخيانه يبدّل إنكاره بادّعاء تلفه أو ادّعاء ردّه بناء على قبول قوله فى الرد، و يقبل

۱- المبسوط بعد ذكر مسأله القضاء و فروعها

قوله مع یمینه فلا یبقی أثر لاشهاده و لیس المراد أنّه بعد الإنکار و الإثبات علیه یدّعی الرّدّ أو التلف لأنّه لا یقبل قوله حینئذ بعد ثبوت خیانته.

أقول: و یمکن فرض فائده للإشهاد فی ما إذا ادّعی الودعی کونه أنقص ممّا أودع عنده .

(فلو لم یشهد) علی غیر الودیعه (ضمن) لتفریطه إذا لم یکن الأداء بحضره الموکل، و إلّا انتفی الضمان، لأن التفریط حینئذ مستند إلی الموکل .

حصیله البحث:

و تثبت الوکاله بعدلین، و لا یقبل فیها شهاده النّساء منفرداتٍ و لا منضماتٍ، و لا تثبت بشاهدٍ و یمینٍ و لا بتصدیق الغریم و الوکیل أمینٌ لا یضمن إلّا بالتّفریط أو التّعدّی، و یجب علیه تسلیم ما فی یده إلی الموکّل إذا طولب به، فلو أخّر مع الإمکان ضمن و له أن یمتنع حتّی یشهد، و کذا کلّ من علیه حقٌّ و إن کان ودیعهً، و الوکیل فی الودیعه یجب علیه الإشهاد لدفع الضمان عن نفسه کالوکیل فی قضاء الدّین و تسلیم المبیع، فلو لم یشهد ضمن إذا لم یکن الأداء بحضور الموکل، و إلّا فلا.

ص:۲۹۳

يجوز للوكيل تولى طرفى العقد بإذن الموكل

(و يجوز للوكيل تولى طرفى العقد بإذن الموكل)

قال الشـهيد الثانى: «لانتفاء المانع حينئذ و مغايره الموجب للقابل يكفى فيها الاعتبار، و لو أطلق له الإذن ففى جواز تولّيهما لنفسه قولان منشأهما دخوله فى الإطلاق، و من ظاهر الرّوايات الـدّالّه على المنع و هو أولى، و اعلم أنّ تولّيه طرفى العقد أعمّ من كون البيع و الشّـراء لنفسه و لغيره و موضع الخلاـف مع عـدم الإـذن تولّيه لنفسه إمّـا لغيره بـأن يكون وكيلاـ لهما، فلا إشـكال إلّا على القول بمنع كونه موجبا قابلًا و ذلک لا يفرّق فيه بين إذن الموكّل و عدمه»(۱).

أقول: تقـدم ان المصـنف فى كتـاب البيع قائل بعـدم جواز بيع الوكيل و ابتياعه لنفسه فقال «ويجوز للجميع تولى طرفى العقـد الا الوكيل والمقاصّ»(۲) كما قال به الصدوق و الإسـكافىّ و ابن ادريس و الشيخ فى المبسوط و التهذيب وهو المفهوم من الكلينى حيث اقتصـر على صـحيح هشام بن الحكم ففيه: «اذا قال الرجل اشترلى فلا تعطه من عنـدک و ان كان الـذى عنـدک خيراً منه » الظاهر فى الحرمه و لم يرو ما يعارضه. لا لما ذكره الشـهيد الثانى من اشتراط تغاير الموجب و القابل، لان مغايره الموجب للقابل يكفى فيهـا الاعتبـار كمـا قـال، بل لأنّه خيانه و تهمه كما دلّت عليه النّصوص، كما فى معتبر اسـحاق بن عمار«عن الصّادق (عليه السلام): سألته عن

۱- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (ط- كلانتر)؛ ج ۴، ص: ۳۸۵

۲- الدرر الفقهيه ج۱۰ص۷۵

الرّجل يبعث إلى الرّجل يقول له: ابتع لى ثوبا، فيطلب له فى السّوق فيكون عنده مثل ما يجد له فى السّوق فيعطيه من عنده، فقال: لاـ يقربنّ هـذا و لا يـدنّس نفسه إنّ اللّه عزّ و جلّ يقول {إِنّا عَرَضْـنَا الْأَمانَهَ عَلَى السَّماواتِ وَ الْأَرْضِ وَ الْجِبالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَها وَ أَشْـفَقْنَ مِنْها وَ حَمَلَهَا الْإِنْسانُ إِنَّهُ كانَ ظَلُوماً جَهُولًا} و إن كان عنـده خير ممّا يجـد له فى السّوق فلا يعطيه من عنـده»(۱) و خبر القلانسى «قلت لأبى عبـد اللّه (عليه السـلام): الرّجل يجيئنى بالثوب فأعرضه فإذا أعطيت به الشـى ء زدت فيه و أخـذته، قال: لا تزده، قلت: و لم ذاك؟ قال: أ ليس أنت إذا عرضت أحببت أن تعطى به أوكس من ثمنه، قلت: نعم، قال: لا تزده»(۲).

أقول: الّما ان خبر القلانسى اشـتمل على عله ظـاهره فى الكراهه ففيه: «قـال لاـ ترده قلت و لم ذاك؟ قـال: اليس انت اذا عرضـته احببت ان تعطى به اوكس من ثمنه قلت نعم قـال: لاـ ترده »(۳) و يشـهد للحمـل على الكراهه معتبر ابن ابى حمزه ففيه: « قال ما احب لـك ذلك »(۴) و فى موثق ميسـر تفصـيل اخر حيث قـال (عليه السـلام): « ان امنت ان لا يتهمك فاعطه من عنـدك و ان خفت ان يتهمك فاشترله من السوق »(۵).

ص:۲۹۵

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۶، ص: ۳۵۲

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۵۸ ح۵۲

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۵۸ ح۵۲

۴- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۲۸ ح۲۹

۵- الفقيه (فى ۱۷ من تجارته، ۴ من معايشه)

و موثق صفوان عن اسحاق بن عمار عن معمر الزّيّات عنه (علیه السلام): «إنّی رجل أبیع الزّیت یأتینی من الشام فآخذ لنفسی ممّا أبیع، قال: ما أحبّ لک ذلک، قال: إنّی لست أنقص لنفسی شیئا ممّا أبیع، قال: بعه من غیرک و لا تأخذ منه شیئا، أ رأیت لو أنّ رجلا قال لک: لا أنقصک رطلا من دینار کیف کنت تصنع لا تقربه»(۱).

و کیف کان فهذه الأخبار إنّما نظرها إلی التّهمه و عدمها و لا علاقه لها بالایجاب و القبول و الصحیح هو القول بالکراهه لا الحرمه حملا للظاهر علی الصریح .

نعم المتقاص لا یأخذ حقه بعنوان البیع و انما تضمن صحیح ابی بکر الحضرمی «انه یقول بینه و بین الله عزوجل انه ما اخذه ظلماً و خیانه بل مکان ماله »(۲) و به افتی فی المقنع و لا یخلو من فائده و لعلها انه لو استحلفه بانک ما اخذت من مالی شیئاً جاز له الحلف بانه ما اخذه یعنی ظلماً بل اخذ حقه منه .

و أمّا قوله: «إمّا لغیره بأن یکون وکیلا لهما، فلا إشکال إلّا علی القول بکونه موجبا قابلًا و عدم الفرق فیه بین إذن الموکّل و عدمه» ففیه أنّ مع إذنه لا قائل منّا ظاهرا بالمنع، و أمّا ما فی المبسوط «إذا أذن الموکّل لوکیله فی بیع ماله من نفسه قیل: فیه و جهان: أحدهما یجوز و هو الصحیح و قال: قوم لا یجوز کما لا یجوز أن یزوّج بنت عمّه من نفسه» فالمراد به الاختلاف عند العامّه و الدّلیل علیه قوله بعد ما مرّ «و هذا عندنا أیضا جائز».

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۲۷ح۲۸
۲- الفقیه ۱۷ من أخبار دینه و قروضه، ۳ من أبواب معایشه .

و لو اختلفا فی أصل الوکاله حلف المنکر

(و لو اختلفا فی أصل الوکاله حلف المنکر)

لأصاله عدمها، سواء کان منکرها الموکل أم الوکیل. و تظهر فائده إنکار الوکیل فیما لو کانت الوکاله مشروطه فی عقد لازم لأمر لا یتلافی حین النزاع فیدعی الموکل حصولها لیتم له العقد و ینکرها الوکیل لیتزلزل و یتسلط علی الفسخ.

و لو اختلفا (فی الرد حلف الموکل)

لأصاله عدمه، سواء کانت الوکاله بجعل أم لا.

(و قیل) یحلف (الوکیل، إلّا أن تکون بجعل) فالموکل و القائل هو الشیخ فی المبسوط و تبعه القاضی ففی المبسوط فی الرّدّ بغیر جعل، القول قول الوکیل لأنّه قبض لمصلحه الموکّل کالودعی، و بالجعل فیه و جهان: أحدهما تقدّم قول الموکّل لأنّ الوکیل قبض المال لمصلحه نفسه، فهو کالمرتهن و المستعیر و المستأجر یدّعون الرّدّ، و ثانیهما تقدّم قول الوکیل أیضا لأنّه أخذ العین أیضا لمنفعه الموکّل لأنّه لا ینتفع بعین المال و الجعل لا یتعلّق بقبض العین فقبضه أیضا مثل الودعی و لیس کالمستعیر و المرتهن لتعلّق حقوقهما بالعین» و ظاهر المبسوط عدم الخلاف فی قبول قول الوکیل فی الردّ إذا کان بغیر جعل کالودعی، و إنّما الإشکال فی ما کان بالجعل والصحیح هو القول بتقدّم قول الموکّل مطلقا کما قاله ابن ادریس.

و أما استدلال الشيخ من كونه أمينا و قد قبض المال لمصلحه المالك كالودعى فكان محسنا محضا فيشمله قوله تعالى {مٰا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ }. فقد تقدم الجواب عنه بأن الأمانه لا تستلزم القبول، سواء كانت بجعل ام بغير جعل و كذلك كون الوكيل محسنا فى توليه الوكاله بدون جعل لا يستلزم قبول قوله فى الرد لانصراف الآيه عن هذا المعنى، مضافا الى أن التمسك بالآيه الكريمه فى عدم توجه اليمين نحو الوكيل غير ممكن هنا، لأن الآيه الكريمه تنفى كل سبيل مع أن المورد بحاجه إلى اليمين على أى حال فى فصل الخصومه قضاءً, فالآيه الشريفه مخصصه بغير المورد على فرض الشمول لا محاله . مضافا الى ورود تفسيرها فى بعض الاخبار بنفى الحجه للكفار على المؤمنين فبناء على هذا التفسير لا ربط لها بالمقام.

(و) لو اختلفا (فى التلف) أى تلف المال الذى بيد الوكيل كالعين الموكل فى بيعها و شرائها، أو الثمن، أو غيره (حلف الوكيل)

لأنه أمين و لا فرق بين دعواه التلف بأمر ظاهر، و خفى (و كذا) يحلف لو اختلفا (فى التفريط) و المراد به ما يشمل التعدى، لأنه منكر (و) كذا يحلف لو اختلفا (فى القيمه) على تقدير ثبوت الضمان كما فى صوره إثبات الموكل التفريط، أو التعدى أو فى صوره إقرار الوكيل بالتفريط أو التعدى، لأصاله عدم الزياده عن المقدار المتيقن و لم أقف فيه على مخالف و إن كان لم يعنونها الكثير.

ص:۲۹۸

و لو زوجه امرأه بدعوى الوكاله فأنكر الزوج

(و لو زوجه امرأه بدعوى الوكاله) منه (فأنكر الزوج) الوكاله (حلف) لأصاله عدمها (و على الوكيل نصف المهر)

لصحيح أبى عبيده عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) «فى رجلٍ أمر رجلًا أن يزوّجه امرأةً من أهل البصره - من بنى تميم فزوّجه امرأةً من أهل الكوفه من بنى تميم- قال خالف أمره و على المأمور نصف الصّداق لأهل المرأه و لا عدّه عليها و لا ميراثٌ بينهما فقال بعض من حضر فإن أمره أنٍ يزوّجه امرأةً و لم يسمّ أرضاً و لا قبيلةً ثمّ جحد الآمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوّجه فقال إن كان للمأمور بيّنه أنّه كان أمره أن يزوّجه كان الصّداق على الآمر و إن لم يكن له بيّنةٌ كان الصّداق على المأمور لأهل المرأه و لا ميراث بينهما و لا عدّه عليها و لها نصف الصّداق إن كان فرض لها صداقاً»(۱).

و يؤيده خبر عمر بن حنظله عن الصادق عليه السلام «فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه فما فعلت من شى ء ممّا قالت من صداق أو ضمنت من شى ء أو شرطت فذلك رضى لى و هو لازم لى. و لم يشهد على ذلک، فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلک ممّا طالبوه و سألوه، فلمّا رجع إليه أنكر ذلک كلّه، قال: يغرم لها نصف الصداق عنه و ذلک أنّه هو الذى ضيّع حقّها، فلمّا أن لم يشهد لها عليه

ص:۲۹۹

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص: ۳۰۲باب۲۶ح۱

بـذلك الـذى قـال له، حـلّ لهـا أن تتزوّج و لاـ تحـلّ للأـوّل فى مـا بينه و بين اللّه عزّ و جـلّ إلّا أن يطلّقهـا لأنّ اللّه تعالى يقول: {فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ} فـإن لم يفعـل فـإنّه مـأثوم فى مـا بينه و بين اللّه عزّ و جـلّ و كان الحكم الظاهر حكم الإسـلام قد أباح اللّه تعالى لها أن تتزوّج»(١) و به افتى الفقيه(٢) و الشـيخ فى المبسوط و كذا النهايه إلّا أنّه قال: لزم الوكيل مهر المرأه و لم يلزم الموكّل شـى ء، و تبعه القاضى و كذا الحلىّ و لا وجه له لأنّ الصحيح دلّ على أنّ على الوكيل نصف المهر مثل طلاق المرأه بلا دخول لأنّه فرّط و لم يشهد على الموكّل.

لكن يمكن أن يقـال ان المراد من قـوله مهر المرأه أى النّصف الـذى كـان على الزّوج لو أقرّ و طلّق، و إنّما الـذى صـرّح بجميع المهر ابن ادريس.

(و لها التزوج) بغيره لبطلان نكاحه بإنكاره الوكاله .

(و يجب على الزوج) فيما بينه، و بين اللّه تعالى (الطلاق إن كان وكل)

فى التزويج، لأنها حينئذ زوجته فإنكارها و تعريضها للتزوج بغيره محرم .

(و يسوق نصف المهر إلى الوكيل) للزومه بالطلاق، و غرم الوكيل بسببه.

(و قيل) و لم يعلم القائل به و إنّما قال فى المختلف: قال بعض علمائنا ذلك (يبطل) العقد (ظاهرا و لا غرم على الوكيل)

١- الوسائل كتاب الوكاله باب ۴ الحديث ١

٢- الفقيه فى ۴ من أخبار وكالته مع اختلاف لفظى.

و علل ذلک الشهید الثانی بعدم ثبوت العقد حتی یحکم بالمهر، أو نصفه، و لأنه علی تقدیر ثبوت العقد فالزوج یکون ملزما بدفع المهر لأنه عوض البضع. و الوکیل لیس بزوج، و الحدیث ضعیف السند لأن فی طریقه داود بن الحصین و هو واقفی، و دینار بن الحکم و هو مهمل، و لولا ضعف السند لما أعرضنا عنه مع عمل أکثر الأصحاب بمضمونه، و التعلیل «بکونه فسخ قبل الدخول» فاسد و وجه الفساد: أن هذا لیس بعقد أصلا حتی یثبت و یستوجب الفسخ فالقول الأخیر و هو البطلان أقوی(۱).

وفیه: ان الحکم لا ینحصر بخبر عمر بن حنظله بل قد عرفت دلاله صحیح ابی عبیده علیه مضافا الی عمل الاصحاب به .

هذا و إنما یجوز للمرأه التزویج إذا لم تصدق الوکیل علیها، و إلّا لم یجز لها التزوج قبل الطلاق، لأنها بزعمها زوجه، بخلاف ما إذا لم تکن عالمه بالحال.

لا یقال: أنّ الصحیح دلّ علی أنّه لمّا ما جعل تعالی فی الدّین من حرج فهذا حکم ظاهریّ للإسلام حلّ به للمرأه تزوّجها مطلقا. فانه یقال: ان الاحکام الظاهریه حجه ما لم یعلم مخالفتها للواقع و لو باقرارها.

و لو امتنع من الطلاق حینئذ لم یجبر علیه، لانتفاء النکاح ظاهرا و حینئذ ففی تسلط المرأه علی الفسخ او الطلاق بدلیل قاعده لاضرر الداله علی نفی الحکم

۱- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط- کلانتر)، ج ۴، ص: ۳۸۹

الضرری، أو تسلط الحاکم علی الفسخ أو علی الطلاق لانه ولی الممتنع او من هو بحکمه کما فی المقام، أو بقاؤها بدون الطلاق حتی یطلق أو یموت، أوجه؟ اقواها هو تسلط الحاکم علی الطلاق دون الفسخ لان علقه الزواج لا ترتفع شرعا الّا بالطلاق و دون تسلط المرأه لان الحکم الضرری مرتفع بما قرره الشرع من الرجوع الی الحاکم .

هذا و لو أوقع الطلاق معلقا علی الشرط کإن کانت زوجتی فهی طالق صح، و لم یکن إقرارا، و لا تعلیقا مانعا، لأنه أمر یعلم حاله، و کذا فی نظائره کقول من یعلم أن الیوم الجمعه: إن کان الیوم الجمعه فقد بعتک کذا، أو غیره من العقود کما تقدم صحه هذا التعلیق فی کتاب البیع(۱).

و لو اختلفا فی تصرّف الوکیل حلف

(و لو اختلفا فی تصرف الوکیل) بأن قال: بعت، أو قبضت، أو اشتریت (حلف) الوکیل، لأنه أمین و قادر علی الإنشاء. و التصرف إلیه و مرجع الاختلاف إلی فعله و هو أعلم به.

(و قیل) یحلف (الموکل) کما نقل المختلف عن المبسوط قال: «إذا ادّعی الوکیل الإذن بالبیع بثمن فأنکره المالک: إنّ القول قول الموکّل مع یمینه و ردّ العین أو مثلها أو قیمتها». و عن النهایه أیضا «إنّ القول قول الموکّل لکن یلزم الدلّال إتمام

ص:۳۰۲

۱- الدرر الفقهیه ج۱۰ص۷۶

مـا حلف عليه المالـك لاـ استرداد العين أو المثل أو القيمه» و قال المختلف نفسه: «إنّ القول قول الموكّل لأنّه غارم» واسـتدِل له ايضا بأصاله عدم التصرف، و بقاء الملك على مالكه.

و فيه: ان الاصل لا يصار اليه مع الدليل وهو كونه امينا يقبل قوله كما تقدم فالأقوى هو الأول.

(و كذا الخلاف لو تنازعا فى قدر الثمن الذى اشتريت به السلعه)

كأن قال الوكيل: اشتريته بمائه و الحال أنه يساوى مائه، ليمكن صـحه البيع وقال الموكل: بل بثمانين فانه يقـدم قول الوكيل، لأنه أمين، و الاختلاـف فى فعله و هو أعلم به و دلاـله الظـاهر على كون الشـى ء إنمـا يبـاع بقيمته و هو الأقوى: و قيل: قول الموكل، لأصاله براءته من الزائـد، و لأن فى قبول قول الوكيل إثبات حق للبائع على الموكل فلا يسـمع قول الوكيل. وفيه: ما تقـدم من ان الاصل لا يصار اليه مع الدليل وهو كونه امينا يقبل قوله كما تقدم فالأقوى هو الأول .

من أحكام الوكاله

و تلزم متى ما تحقق اشتراطها ضـمن عقـد لازم بنحو شـرط النتيجه كما لو اشترطت الزوجه فى عقـد نكاحها ان تكون وكيله عن زوجها فى طلاق نفسها متى ما سجن أو ساء خلقه أو غير ذلك فهو المشهور لأنها و ان كانت جائزه فى حدّ نفسها الّا ان ذلك لا ينافى لزومها بسبب الاشتراط.

ص:٣٠٣

هذا و قد زاد بعض الاعلام قائلا: لو اشترطت الوكاله ضمن العقد الجائز لزم العمل بالشرط ما دام العقد باقيا و ان جاز فسخ العقد فيزول لزوم الشرط بالتبع(۱).

ثم انه إذا افترض اشتراط الوكاله ضمن عقد لازم بنحو شرط الفعل كان العمل بالشرط واجبا تكليفا الّا انه لو عصى المشترط عليه فلا يلزم سوى الاثم و لا تتحقق الوكاله.

و إذا اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكاله فقد قيل بلزومها و ذلك من جهه لزوم العمل بالشرط بمقتضى قوله (علیه السلام): «المسلمون عند شروطهم»(۲) لكن الاقوى لزوم العمل بالشرط ما دام العقد باقيا و ان جاز فسخ العقد فيزول لزوم الشرط بالتبع و ذلك لجواز عقد الوكاله ولا دليل على لزومها وان كان العمل بالشرط واجبا تكليفا.

حصيله البحث:

يجوز للوكيل تولّى طرفى العقد بإذن الموكّل، و لو اختلفا فى أصل الوكاله حلف المنكر، و لو اختلفا فى الرّدّ حلف الموكّل و فى التّلف حلف الوكيل، و كذا فى التّفريط و فى القيمه, و لو زوّجه امرأةً بدعوى الوكاله فأنكر الزّوج حلف و على الوكيل نصف المهر و لها التّزوج بغيره إذا لم تصدق الوكيل عليها او عالمه

ص:۳۰۴

۱- ملحقات العروه الوثقى ۲: ۱۲۲

۲- وسائل الشيعه ۱۲: ۳۵۳ الباب ۶ من أبواب الخيار الحديث ۲

بالوكاله، و إلّا لم يجز لها التزوج قبل الطلاق، و يجب على الزّوج الطّلاق إن كان وكّل و يسوق نصف المهر إلى الوكيل, و لو امتنع من الطلاق حينئذ لم يجبر عليه، لانتفاء النكاح ظاهرا و حينئذ فالاقوى تسلط الحاكم على الطلاق دون الفسخ, و لو اختلفا فى تصرّف الوكيل حلف، و كذا الخلاف لو تنازعا فى قدر الثّمن الّذى اشتريت به السّلعه. و تلزم الوكاله متى ما تحقق اشتراطها ضمن عقد لازم بنحو شرط النتيجه , و اما بنحو شرط الفعل فيجب العمل بالشرط وجوبا تكليفا و لو عصى المشترط عليه فلا يلزمه سوى الاثم و لا تتحقق الوكاله. و إذا اشترط عدم العزل ضمن عقد الوكاله فالاقوى لزوم العمل بالشرط ما دام العقد باقيا و ان جاز فسخ العقد .

(كتاب الشفعه)

اشاره

حقيقه الشفعه: الشفعه لغه كما فى مجمع البحرين- كغرفه- هى فى الأصل التقويه و الاعانه... و اشتقاقها على ما قيل من الزياده لان الشفيع يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به كانه كان واحدا وترا فصار زوجا شفعا.

(و) شرعا (هى استحقاق الشريك الحصه المبيعه فى شركته)

ولا يخفى نقصان التعريف والصواب فى تعريفها ما قاله الحلبىّ من أنّها استحقاق الشريك فى المبيع تسليمه على المبتاع بمثل ما نقد , و يصطلح على صاحب الحق المذكور بالشفيع, و هى من الايقاعات تتوقف على إنشاء الايجاب من دون حاجه الى القبول وذلك للادله التى دلت على مشروعيتها كصحيحه عبد اللّه بن

ص:٣٠٥

سنان عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «لا تکون الشفعه الا لشریکین ما لم یقاسما، فاذا صاروا ثلاثه فلیس لواحد منهم شفعه»(۱) و موثقه ابی العباس البقباق: «سمعت ابا عبد اللّه (علیه السلام) یقول: الشفعه لا تکون الا لشریک»(۲) و روایه عقبه بن خالد عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «قضی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله بالشفعه بین الشرکاء فی الارضین و المساکن و قال: لا ضرر و لا ضرار. و قال: اذا ارّفت الأرف(۳) و حدّت الحدود فلا شفعه»(۴) الی غیر ذلک من الروایات.

و ینبغی الالتفات الی ان ثبوت حق الشفعه جاء تخصیصا لقاعده عدم حلیه التصرف فی مال الغیر من دون طیب نفسه کما هو واضح، و لا محذور فی ذلک، فان القاعده المذکوره لیست حکما عقلیا کی لا تقبل التخصیص.

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۰ الباب ۷ من أبواب الشفعه الحدیث ۱

۲- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۵ الباب ۱ من أبواب الشفعه الحدیث ۱

۳- الارفه- بالضم- الحدّ بین الأرضین ای اذا رسمت الحدود. و العطف تفسیری. و المقصود الردّ علی من یقول بأن الشفعه ثابته بعد تقسیم الارض و تعیین حصه کل شریک کما قال به بعض العامه وابن ابی عقیل.

۴- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۹ الباب ۵ من أبواب الشفعه الحدیث ۱

شرائط الشفعه

يشترط فی الشفعه امور:

١- الایجاب ویتحقق بکل ما یدل علی ذلک من قول کقول الشفیع اخذت الحصه المبیعه بثمنها, او فعل کما اذا دفع الشفیع الثمن و اخذ الحصه کما هو مقتضی القاعده کما تقدم فی العقود و یمکن استفاده ذلک من الروایات السابقه، فانها اذا کانت مشتمله علی اطلاق لفظی فهو المطلوب و الّا امکن التمسک بالاطلاق المقامی، بتقریب ان اثبات حق الشفعه للشریک من دون بیان ما به یتحقق اعماله یدل علی ایکال الامر الی العرف و ان الشارع لیس له تحدید خاص فی هذا المجال بل کل ما یدل علی اعمال الحق المذکور فی نظر العرف فهو کاف.

و لا تثبت لغیر الشریک الواحد

٢- ان تکون العین مشترکه بین اثنین لا اکثر کما قال:

(و لا تثبت لغیر الشریک الواحد)

و بذلک استفاضت النصوص کما فی صحیحه عبد اللّه بن سنان المتقدمه عن الصّادق (علیه السلام): «لا یکون الشفعه إلّا لشریکین ما لم یقاسما فإذا صاروا ثلاثه فلیس لواحد منهم شفعه»(١).

١- وسائل الشیعه ١٧: ٣٢٠ الباب ٧ من أبواب الشفعه الحدیث ١

و صحیحه یونس عن بعض رجاله عنه (علیه السلام): «سألته عن الشفعه لمن هی، و فی أیّ شی ء هی، و لمن تصلح، و هل تکون فی الحیوان شفعه، و کیف هی؟ فقال: الشفعه جائزه فی کلّ شی ء من حیوان أو أرض أو متاع إذا کان الشی ء بین شریکین لا غیرهما فباع أحدهما نصیبه فشریکه أحقّ به من غیره، و إن زاد علی الاثنین فلا شفعه لأحد منهم»(۱)وغیرها.

الّا ان فی مقابل ذلک روایتین احداهما للسکونی و الاخری لطلحه بن زید عن الامام الصادق (علیه السلام) و کلتاهما بلسان: «الشفعه علی عدد الرجال»(۲) و إلیهما استند الإسکافیّ لکنهما عامّیّان لایقاومان المستفیضه و قد حملهما الشیخ علی التقیه(۳)، فلا وثوق بهما و علی فرض تسلیم التعارض یتساقطان و یلزم الرجوع الی الاصل المقتضی لعدم حلّ التصرف من دون طیب نفس المالک فان القدر المتیقن فی الخارج عن الاصل المذکور ما اذا کانت الشرکه بین اثنین، و اما اذا کانت بین اکثر فیشک فی الخروج عن الاصل فیتمسک به ان فرض عدم وجود اطلاق فی الروایات یدل علی ثبوت حق الشفعه فی حاله اشتراک العین بین اکثر من اثنین , هذا کله مع امکان المناقشه فی سند الاولی بالنوفلی الراوی عن السکونی و فی الثانیه بطلحه بن زید .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۸۱ح۸

۲- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۲ الباب ۷ من أبواب الشفعه الحدیث ۵

۳- تهذیب الاحکام ۷: ۱۶۶

و موضوعها ما لا ینقل

۳- ان تکون العین المشترکه من الاشیاء غیر المنقوله کما قال:

(و موضوعها ما لا ینقل کالأرض و الشجر)

اما ثبوت الشفعه فی الاعیان غیر المنقوله القابله للقسمه فهو مما لا خلاف فیه بین الاصحاب و هو القدر المتیقن من النصوص الداله علی حق الشفعه .

و اما ثبوتها فی غیر القابل للقسمه فسیأتی الکلام فیه.

و اما الاشیاء المنقوله فمحل خلاف و ظاهر کلام المصنف عدم الخلاف فیه مع أنّه خلاف المشهور فذهب إلی ثبوته فی المنقول أیضا الإسکافیّ و الصدوقان و الحلبیّان و المرتضی و القاضی و ابن حمزه و الحلیّ و الشیخ فی غیر الخلاف و المبسوط، و هو ظاهر المفید حیث قال: «الشفعه واجبه فی کلّ مشاع إذا کان مشترکا بین اثنین».

و أمّا ادّعاء الجواهر صراحه کلامه فی ذلک فی آخر الباب فوهم فإنّما قال ثمّه: «تثبت الشفعه أیضا لو باع الشقص بغیر الورق و العین من العبد أو الأمه أو سائر العروض بإعطاء الشریک قیمتها للمشتری» و هو ظاهر الکلینیّ حیث روی صحیح یونس، عن بعض رجاله، عن الصّادق (علیه السلام) - فی خبر- فقال: الشفعه جائزه فی کلّ

شی ء من حیوان أو أرض أو متاع إذا کان الشـی ء بین شریکین- الخبر»(۱) و قال بعده: «و روی أیضا أنّ الشفعه لا تکون إلّا فی الأرضین و الدّور فقط»(۲) فنسبه إلی الرّوایه .

نعم روی فی باب شراء الرَّقیق صحیحا عن الحلبیّ عنه (علیه السلام) «فی المملوک یکون بین شرکاء فیبیع أحدهم نصیبه فیقول صاحبه: أنا أحقّ به، أله ذلک؟ قال: نعم، إذا کان واحدا، فقیل فی الحیوان شفعه؟ قال: لا»(۳) الدال علی ان الشفعه فی الرقیق دون الحیوان لکن الظاهر اعتماده علی ما تقدم من صحیحه یونس لعدم نقله هذا الخبر فی ذاک الباب.

و ظاهر الدّیلمیّ الاختصاص بغیر المنقول و یحتمله کلام العمانیّ حیث قال: «لا شفعه فی سفینه و لا فی نهر ولا طریق» و هو مختار المبسوط و کذا الخلاف , والظاهر انهم استندوا إلی معتبر السّکونیّ المتقدّم.

و أمّا خبر عقبه بن خالد، عن الصّادق (علیه السلام): «قضی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله بالشفعه بین الشرکاء فی الأرضین و المساکن، و قال: لا ضرر و لا ضرار»(۴).

ص:۳۱۰

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۸۱ح۸

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۸۱ح۹

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۱۰ح۵

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۸۰ح۴

و خبر هـارون بن حمزه الغنویّ، عن الصّـادق (علیه السـلام): سألته عن الشـفعه فی الـدّور شـی ء واجب للشـریک و یعرض علی الجـار فهو أحقّ بهـا من غیره فقال:الشـفعه فی البیوع إذا کان شـریکا فهو أحقّ بها بالثمن»(۱) فمع ضـعفهما سندا الاستدلال بهما استدلال بمفهوم اللّقب و لا حجه فیه .

أقول: و الصـحیح هو ثبوت حق الشـفعه فی جمیع الاشـیاء کما صـرحت بذلک صحیحه یونس عن بعض رجاله عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «الشفعه جائزه فی کل شی ء من حیوان او ارض او متاع»(۲) و هی وان کانت مرسله الّا ان الراوی لها من اصحاب الاجماع .

کما و دلت صـحیحه عبد اللّه بن سـنان: « سألته عن مملوک بین شـرکاء اراد احدهم بیع نصیبه قال: یبیعه. قلت: فانهما کانا اثنین فاراد احدهما بیع نصـیبه فلما اقدم علی البیع قال له شـریکه: اعطنی قال: هو احق به ثم قال (علیه السلام): لا شفعه فی الحیوان الا ان یکون الشـریک فیه واحدا»(۳) علی ثبـوته فی الحیـوان. و التعـدی منه الی مطلـق الاشـیاء غیر المنقوله یتوقف علی فهم عـدم الخصوصیه للحیوان کما هو کذلک.

و عمل بها علیّ بن بابویه و ابنه فی مقنعه و الشـیخان و المرتضی و الدّیلمیّ و الحلبیان و القاضی و ابن حمزه و الحلیّ و هو ظاهر الکلینیّ کما تقدم انفا و بذلک

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۸۱ح۵
۲- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۱۹ الباب ۵ من أبواب الشفعه الحدیث ۱
۳- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۲ الباب ۷ من أبواب الشفعه الحدیث ۷

يظهر لك اعراض الاصحاب عما فى ذيل صحيح الحلبى المتقدم من عدم الشفعه فى الحيوان .

و أمّا صحيح منصور بن حازم، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن دار فيها دور و طريقهم واحد فى عرصه الدّار، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا بالشفعه، فقال: إن كان باع الدّار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك، فلا شفعه لهم، و إن باع الطريق مع الدّار فلهم الشفعه»(۱) الذى قد يتوهم منه ثبوت الشفعه فى الاكثر من شريك ففيه انه أعمّ و يأتى الجمع للاثنين أيضا وغايه ما يدعى فيه ان له ظهورا وهو لايعارض النص على ان النسبه بينهما العموم و الخصوص المطلق. و بذلك يظهر ضعف قول ابن الجنيد حيث لم يشترط الاثنين مطلقا، و ضعف ما فى الفقيه حيث خصّ الاثنين بالحيوان، و فى غيره جوّز الأكثر فقال بعد نقل مضمون صحيح يونس المتقدم مرفوعا إلى الصّادق (عليه السلام) «يعنى بذلك الشفعه فى الحيوان وحده فأمّا فى غير الحيوان فالشفعه واجبه للشركاء و إن كانوا أكثر من اثنين، و تصديق ذلك- و نقل صحيح عبد اللّه بن سنان(۲).

قلت: و حمله كما ترى حيث ان صدر الصحيح «الشفعه واجبه فى كلّ شى ء من حيوان أو أرض أو متاع إذا كان الشى ء بين شريكين لا غيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحقّ به من غيره» فهو صريح فى اشتراط الاثنينيّه فى كلّ شى ء

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۸۰ح۲

۲- الفقيه (فى ۱۱ من أخبار شفعته) و فى نسخه، بدل «واحدا» «رقبه واحده».

فکیف یقول إنّ قوله بعد «فإن زاد علی الاثنین فلا شفعه لأحد منهم» المراد به الحیوان فقط، مع أنّ ما استشهد به من صحیح عبد اللّه بن سنان استشهاد بمفهوم اللّقب و لا حجیه فیه.

ان قلت: ان صحیحه سلیمان بن خالد عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «لیس فی الحیوان شفعه»(۱) دلت علی عدم ثبوت الشفعه فی الحیوان فتعارض صحیحه ابن سنان.

قلت: لا وثوق بها بعد اعراض الاصحاب عنها کما ویمکن تقیید نفی الشفعه فیها بما اذا کان الشرکاء اکثر من اثنین کما قاله الشیخ فی التهذیب(۲).

و فی اشتراط إمکان قسمته قولان

(و فی اشتراط إمکان قسمته قولان)

فذهب إلی اشتراطه الصدوقان و الشیخ و الدّیلمیّ و القاضی و ابن حمزه و هو ظاهر الصدوق و الکلینیّ فروی الأوّل معتبر السّکونیّ، عن جعفر، عن أبیه، عن آبائه علیهم السّلام عن علیّ (علیه السلام) قال النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: «لا شفعه فی سفینه و لا فی نهر و لا طریق و لا فی رحی و لا فی حمّام»(۳) و رواه الکلینی ایضا

ص:۳۱۳

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۲ الباب ۷ من أبواب الشفعه الحدیث ۶

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۶۵ح۱۰

۳- الفقیه (فی ۷ من أخبار شفعته)

عن السّكونىّ، عن الصّادق (عليه السلام)، عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم: «لا شفعه فى سفينه و لا فى نهر و لا فى طريق»(۱).

و هو ظاهر إطلاق المفيد و الحلبىّ، و ذهب الإسكافى و السّيّدان و الحلىّ إلى عدمه.

أقول: اما معتبر السَّكُونِىّ فلا عموم فيه بل خاص بهذه الموارد لكن ليست العله فى هذه الموارد كونها غير قابله للقسمه بل قد تكون العله فى الطريق هو كونه غير مملوك فيختص هذا الحكم بالطريق غير المملوك و يؤيد ذلك ما فى الرّضوى: «و لا شفعه فى سفينه و لا فى طريق لجميع المسلمين».

و ذلك لما دل على ثبوت الشفعه فى الطريق المملوك ففى صحيح منصور بن حازم «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن دار فيها دور و طريقهم واحد فى عرصه الدّار فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا بالشفعه، فقال: إن كان باع الدّار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم، و إن باع الطريق مع الدّار فلهم الشفعه»(۲) حملا للمطلق على المقيد.

۱- الكافى ج ۵، ص: ۲۸۲ح۱۱ و رواه التّهذيب فى ۱۵ من أخبار شفعته مثل الكافى .

۲- الكافى (فى الثانى من أخبار شفعته) و رواه التّهذيب فى ۸ من أخبار شفعته و فيه «فقال: إن كان باب الدّار، و ما حول بابها إلى الطريق غير ذلك» و هو كما ترى .

و قد یتوهم ذلک من صحیحه عبد اللّه بن سنان: «ما لم یقاسما» فقد یفهم من هذا التعبیر اعتبار قابلیه الشی ء للقسمه وهو کما تری فان غایه ما یدل علیه انتفاء الشفعه بالتقسیم لا عدم الشفعه فی ما لا یقبل القسمه و علیه فالاقوی العدم.

و لا تثبت فی مقسوم الا مع الشرکه فی المجاز و الشرب

۴- (و لا تثبت فی مقسوم)

ومن جمله شرائط ثبوت حق الشفعه عدم فرز الحصص و قد دلت علیه روایات کثیره کصحیحه عبد اللّه بن سنان «لا تکون الشفعه الّا لشریکین ما لم یقاسما، فاذا صاروا ثلاثه فلیس لواحد منهم شفعه»(۱) و غیرها.

و لم نقف فیه علی مخالف إلّا العمانیّ فقال: «الشفعه فی الأموال المشاعه و المقسومه جمیعا، و لا شفعه للجار مع الحائط» و استدل له المختلف بصحیح منصور الاتی ثانیا، وقیل الظاهر استناده إلی خبر عقبه المتقدّم «إذا أرّفت الأرف و حدّت الحدود فلا شفعه» و خبر طلحه بن زید المتقدّم «إنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله قضی بالشفعه ما لم تؤرف» قلت: و لا دلاله فیهما فان الارفه- بالضم- الحدّ بین الأرضین ای اذا رسمت الحدود و العطف فی خبر عقبه تفسیری فالأصل مجرّد تحدید الحدود و فسّر الصدوق «تؤرف» بمعنی تقسم و هو ایضا بمعنی رسم الحدود.

۱- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۰ الباب ۷ من أبواب الشفعه الحدیث ۱

(الّا مع الشركه فی المجاز و الشرب)

و یدل علی ثبوت الشفعه فی الشرکه فی المجاز و الشرب صحیح منصور بن حازم «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن دار فیها دور و طریقهم واحد فی عرصه الدّار فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشرکائه فی الطریق أن یأخذوا بالشفعه، فقال: إن کان باع الدّار و حوّل بابها إلی طریق غیر ذلک فلا شفعه لهم، و إن باع الطریق مع الدّار فلهم الشفعه»(۱).

و فی صحیح الاخر قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام) «دار بین قوم اقتسموها فأخذ کلّ واحد منهم قطعه و بناها و ترکوا بینهم ساحه فیها ممرّهم فجاء رجل فاشتری نصیب بعضهم، أله ذلک؟قال: نعم، و لکن یسدّ بابه و یفتح بابا إلی الطریق أو ینزل من فوق البیت و یسدّ بابه فإن أراد صاحب الطریق بیعه فإنّهم أحقّ به و إلّا فهو طریقه یجی ء حتّی یجلس علی ذلک الباب»(۲).

ص:۳۱۶

۱- الکافی (فی الثانی من أخبار شفعته) و رواه التّهذیب فی ۸ من أخبار شفعته و فیه «فقال: إن کان باب الدّار، و ما حول بابها إلی الطریق غیر ذلک» والصحیح نسخه الکافی کما لا یخفی.

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۸۱ح ۹ و رواه التّهذیب فی ۹ منها. و رواه فی آخر شفعته بطریق آخر عن منصور بدون جمله «فأخذ کلّ واحد منهم قطعه و بناها» و فیه بعد «أو ینزل من فوق البیت» فإن أراد شریکهم أن یبیع منقل قدمیه، فإنّهم أحقّ به و إن أراد یجی ء حتّی یقعد علی الباب المسدود الذی باعه لم یکن لهم أن یمنعوه» و المراد من ذیله أنّه إذا باعه بدون الطریق لیس للشریک شفعه و مع ذلک لا یسقط حقّه من الطریق فیجوز له أن یتصرّف فیه بنفسه.

و فی الفقیه: «و إذا کانت دارا فیها دور و طریق أربابها فی عرصه واحده فباع أحدهم دارا فیها من رجل و طلب صاحب الدّار الأخری الشّفعه فإنّ له علیه الشفعه إذا لم یتهیّأ له أن یحوّل باب الدّار الّتی اشتراها إلی موضع آخر فإن کان حوّل بابه فلا شفعه لأحد علیه»(۱) و لا بدّ أنّه أخذه من مضمون الخبرین.

و أمّا معتبر السّکونیّ، عن جعفر، عن أبیه، عن آبائه علیهم السّلام عن علیّ (علیه السلام) قال النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: «لا شفعه فی سفینه و لا فی نهر و لا طریق و لا فی رحی و لا فی حمّام»(۲) و رواه الکلینی ایضا عن السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام)، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: «لا شفعه فی سفینه و لا فی نهر و لا فی طریق»(۳) فحمله الاستبصار علی التقیّه و الاقوی حمله علی طریق غیر مملوک کما تقدم انفا.

حصیله البحث:

و هی استحقاق الشّریک الحصّه المبیعه فی شرکته، و یشترط فی الشفعه الایجاب و یتحقق بکل ما یدل علی ذلک من قول کقول الشفیع اخذت الحصه المبیعه بثمنها, او فعل کما اذا دفع الشفیع الثمن و اخذ الحصه, و لا تثبت لغیر الواحد، و

۱- الفقیه بعد خبره الثانی عشر من شفعته

۲- الفقیه (فی ۷ من أخبار شفعته)

۳- الکافی ج ۵، ص: ۲۸۲ح۱۱ و رواه التّهذیب فی ۱۵ من أخبار شفعته مثل الکافی .

موضوعها المنقول كالحیوان و غیره كالأرض، و فی اشتراط إمكان قسمته؟ قولان الاقوی العدم، و لا تثبت فی المقسوم إلّا مع الشّركه فی المجاز و الشّرب، نعم لا شفعه فی سفینه و لا فی نهر و لا طریق غیر مملوك و لا فی رحی و لا فی حمّام .

و یشترط قدره الشفیع علی الثمن و إسلامه

(و یشترط قدره الشفیع علی الثمن)

۵- و من جمله شرائط ثبوت حق الشفعه تسدید مقدار الثمن عقیب اعمال الحق اذ لا یحتمل ثبوت حق الشفعه و انتقال العین الی الشفیع باعماله الشفعه مع عدم ادائه الثمن، و هل ذلک الّا الضرر المنفی بقاعده لا ضرر؟

هذا مضافا الی ان روایات الشفعه لا اطلاق لها من هذه الناحیه فینبغی الاقتصار علی مورد الیقین، و هو ما اذا تمّ اداء الثمن.

۶- و من جمله شرائط ثبوت حق الشفعه ان الشفیع لا یمكنه تملك الحصه الّا بدفع مقدار الثمن بدون زیاده و لا نقیصه كما هو مدلول روایه هارون بن حمزه الغنوی عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «سألته عن الشفعه فی الدور أ شی ء واجب للشریک؟ و یعرض علی الجار فهو احق بها من غیره(۱)؟ فقال: الشفعه فی البیوع اذا

۱- لعل المقصود: هل یلزم عرض الدور- التی یراد بیعها- علی الجار و یكون أحق بها من غیره؟ و أجاب (علیه السلام) عن هذه الفقره من السؤال بالنفی و ان الشفعه تختص بالشركاء.

كان شريكا فهو احق بها بالثمن»(۱) الّا ان سندها يشتمل على يزيد بن اسحاق شعر، و هو لم يوثق لكنها مجبوره بعمل الاصحاب و قد قال صاحب الجواهر: «لا خلاف بين الخاصه و العامه نصا و فتوى فى ان الشفيع يأخذ بمثل الثمن الذى وقع عليه العقد»(۲) , أقول: بل هذا هو معنى الشفعه .

(و) كذلك يشترط (إسلامه إذا كان المشترى مسلما)

كما فى معتبر السّكونىّ، عنه (عليه السلام) «ليس لليهودىّ و النصرانىّ شفعه»(۳).

و معتبر طلحه بن زيد، عنه (عليه السلام)، عن أبيه، عن علىّ عليهما السّلام بلفظ «ليس لليهودىّ و النصرانىّ شفعه »(۴), قال فى النجعه: و فى نسخه مصحّحه زياده «على مسلم».

و لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثه أيّام

(و لو ادعى غيبه الثمن أجل ثلاثه أيّام)

ص:۳۱۹

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۸۱ح۵
۲- جواهر الكلام ۳۷: ۳۲۶
۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۸۱ح۶ و رواه شفعه التّهذيب عنه أيضا بلفظ «ليس لليهود و النصارى شفعه» .
۴- من لا يحضره الفقيه؛ ج ۳، ص۷۸.

یدل علی ذلک صحیح علی بن مهزیار: «سألت ابا جعفر الثانی (علیه السلام) عن رجل طلب شفعه ارض فذهب علی ان یحضر المال فلم ینض(۱) فکیف یصنع صاحب الارض ان اراد بیعها أ یبیعها او ینتظر مجی ء شریکه صاحب الشفعه؟ قال: ان کان معه بالمصر فلینتظر به ثلاثه ایام فان اتاه بالمال و الّا فلیبع و بطلت شفعته فی الارض, و ان طلب الاجل الی ان یحمل المال من بلد الی آخر فلینتظر به مقدار ما یسافر الی تلک البلده و ینصرف و زیاده ثلاثه ایام اذا قدم، فان وافاه و الّا فلا شفعه له»(۲) و فی سند الروایه الهیثم بن ابی مسروق النهدی و هو ممن لم یستثنه ابن الولید من نوادر الحکمه فالاقوی وثاقته و علی فرض ضعفه فهی مجبوره بعمل الاصحاب .

و بمضمونه عبّر فی الفقیه فقال: «و من طلب شفعه و زعم أنّ ماله غیر حاضر و أنّه فی بلد آخر انتظر به مسیره الطریق فی ذهابه و رجوعه و زیاده ثلاثه أیّام فإن أتی بالمال و إلّا فلا شفعه له»(۳).

هذا و یظهر من هذا الصحیح صحه الشفعه قبل وقوع البیع, وأنّ البائع لو عرض الشقص علی الشریک فترک لم یکن شفعه بعد البیع من غیره، و به قال الصدوق و الشیخان و ابن حمزه، و إن قال الإسکافیّ و الحلیّ ببقائها و لا عبره بما فی

۱- نض المال ینض اذا تحول الی نقد بعد ان کان متاعا.

۲- وسائل الشیعه ۱۷: ۳۲۴ الباب ۱۰ من أبواب الشفعه الحدیث ۱

۳- الفقیه فی شفعته بعد خبره ۱۲ و بیان حکم دار طریقها مشترک

الدّعائم مرفوعا «عن الصّادق (علیه السلام) سئل عن الرّجل یسلّم الشفعه قبل البیع، ثمّ یقوم فیها بعد البیع قال: له أن یقوم ما لم یسلم بعد البیع» مع أنّه أعمّ من إعراضه قبل البیع کما هو المدّعی .

و منه یظهر ما فی قول المصنّف من اقتصاره علی ثلاثه أیّام بل لابد من الفتوی بما تضمنه الصحیح.

هذا و لا یفرّق بین ان یکون مقدار الثمن مساویا للقیمه السوقیه او لا و ذلک لإطلاق البیانین المتقدمین من هذه الناحیه .

(ما لم یتضرّر المشتری)

بدلیل قاعده لا ضرر لکن القاعده لا تجری مع وجود الدلیل المتقدم .

حصیله البحث:

یشترط قدره الشّفیع علی الثّمن و إسلامه إذا کان المشتری مسلماً، و لو ادّعی غیبه الثّمن أجّل ثلاثه أیّامٍ اذا کان معه بالمصر فان اتاه بالمال و الّا فلیبع و بطلت شفعته فی الارض سواء کان الثمن مساویا للقیمه السوقیه ام لا , و الظاهر صحه الشفعه قبل وقوع البیع, وأنّ البائع لو عرض الشقص علی الشریک فترک لم یکن شفعه بعد البیع من غیره , و ان طلب الاجل الی ان یحمل المال من بلد الی آخر فلینتظر به مقدار ما یسافر الی تلک البلده و ینصرف و زیاده ثلاثه ایام اذا قدم، فان وافاه و الّا فلا شفعه له .

ص:۳۲۱

و تثبت للغائب

(و تثبت للغـائب فـإذا قـدم أخـذه، و للصبى و المجنون و السـفيه و يتولى الأخـذ لهم الولى مع الغبطه) بناءً على اشتراط تصـرفاته بالغبطه و قد تقدم البحث عنه.

و يـدلّ على ثبوتهـا للغـائب و الصـبىّ مـا فى معتبر السّـكونىّ عن الصّـادق (عليه السـلام) فى خبر«و قـال:قـال أمير المؤمنين (عليه السلام): وصىّ اليتيم بمنزله أبيه يأخذ له الشفعه إن كان له رغبه فيه، و قال للغائب: شفعه»(۱).

لكن الفقيه نسبه الى الروايه فقال: «و فى روايه السّكونىّ، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه، عن آبائه، عن علىّ عليهم السّلام- إلى- و قال علىّ (عليه السـلام): وصـىّ اليتيم بمنزله أبيه يأخذ له الشـفعه إذا كانت [له] رغبه و قال (عليه السلام): للغائب الشفعه»(۲) و ظاهره التردد فيها و الاقوى الثبوت.

(فإن ترك فلهم الأخذ عند الكمال)

أقول: أمّا الثبوت لو ترك الولىّ فلا دليل عليه و يمكن أن يكون ضـرارا على المشترى و قد نفى، و التفريط من الولىّ لا منه، نعم مرسله الدّعائم «عن الصّادق (عليه السلام): الشفعه للغائب و الصغير كما هى لغيرهما إذا قدم الغائب و بلغ الصغير» تدل

ص:۳۲۲

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۲۸۱ح۶ والتهذيب فى ۱۴ من أخبار شفعته.

۲- الفقيه (فى خبره السابع من شفعته)

عليه لكن أخباره إذا لم يكن بها وثوق لا عبره بها ولا يخفى ان اخباره لا اسناد لها مضافا الى عدم شهره كتابه .

و يستحق الأخذ بنفس العقد

(و يستحق الأخذ بنفس العقد)

لاطلاق ادله الشفعه و لخصوص خبر هارون بن حمزه الغنويّ المتقدم «الشفعه فى البيوع إذا كان شريكا فهو أحقّ بها بالثمن» .

و يؤيده ما فى الدّعائم «عن الصّادق (عليه السلام): إذا انعقد البيع وجبت الشفعه قبض المال أو لم يقبض» .

هذا بناء على انتقال المبيع إلى ملك المشترى بالعقد فلو أوقفناه على انقضاء الخيار كالشيخ توقف على انقضائه .

(و ان كان فيه خيار) لعدم كون الخيار مانعا من حق الشفعه .

و أمّا قول المبسوطين «إذا باع بشرط الخيار للبائع أو لهما فلا شفعه للشفيع، و إن كان للمشترى وجبت الشفعه للشفيع لأنّ الملك ثبت للمشترى بنفس العقد و له المطالبه بعد انقضاء الخيار» و مثلهما القاضى .

و قول الإسكافىّ «و البيع إذا كان على خيار المشترى وجبت الشفعه و إن كان على خيار البائع أو خيارهما لم يجب إلّا بعد تمامه» فكما ترى.

(ولا يمنع الأخذ) بالشفعه (من التخاير) لاصاله بقاء الخيار .

(فلو اختار المشترى أو البائع الفسخ بطلت)

الشفعه و قد يستدل لذلک بان موضوع الشفعه البیع و قد انتفی .

و فيه: ان الشفيع بعد اخذه بالشفعه انتفى محل خيار المشترى فيكون خياره من مصاديق السالبه بانتفاء الموضوع و عليه فلا يبطل خيار المشترى الشفعه , نعم ان حق البايع اسبق من حق الشفيع لو اختار البايع الفسخ .

حصيله البحث:

تثبت الشفعه للغائب فإذا قدم أخذ، و للصّبيّ و المجنون و السّفيه و يتولّى الأخذ الوليّ، فإن ترك فليس لهم الاخذ بها عند الكمال، و يستحقّ بنفس العقد و إن كان فيه خيارٌ، و لا يمنع من التّخاير فإن اختار المشترى أو البائع الفسخ بطلت .

و ليس للشفيع أخذ البعض

(و ليس للشفيع أخذ البعض بل يأخذ الجميع أو يدع)

لئلا يتضرر المشترى بتبعض الصفقه و لأن حقه فى المجموع من حيث هو المجموع كالخيار فلا دليل على جواز أخذ البعض فإنّ مورد أخبار الشفعه أخذ الكلّ إلّا أن يكون البعض تلف فله أخذ الباقى كما يأتى.

و یؤیده ما فی الدّعائم «عن الصّادق (علیه السلام): سئل عن البیع یقع علی المشاع و المقسوم فإن أراد أخذهما معا و إلّا یسلّمهما معا».

(و یأخذ بالثمن الذی وقع علیه العقد و لا یلزمه غیره من دلاله و وکاله و اجره)

لأنها لیست من الثمن و إن کانت من توابعه و یشهد لذلک ایضا خبر هارون بن حمزه الغنوی المتقدم حیث دل علی ان الشفیع احق بالمبیع بالثمن .

قیل: یمکن الاستدلال بلزوم باقی ما أنفق بأخبار لا ضرار، و بفحوی خبر محمّد بن علیّ بن محبوب عن رجل قال: «کتبت إلی الفقیه (علیه السلام) فی رجل اشتری من رجل نصف دار مشاعا غیر مقسوم و کان شریکه الذی له النصف الآخر غائبا فلمّا قبضها و تحوّل عنها تهدّمت الدّار و جاء سیل جارف فهدمها و ذهب بها فجاء شریکه الغائب فطلب الشفعه من هذا فأعطاه الشفعه علی أن یعطیه ماله کملا الذی نقد فی ثمنها فقال له ضع عنّی قیمه البناء فإنّ البناء قد تهدّم و ذهب به السّیل فما الذی یجب فی ذلک؟ فوقّع (علیه السلام) لیس له إلّا الشّراء و البیع الأوّل إن شاء اللّه»(۱).

و فیه: اما حدیث نفی الضرر فانما هو یرفع الحکم الضرری و الضرر هنا ناشیء من قبل المشتری حیث اقدم علی معامله حکم فیها الشرع باستحقاق الشفیع المبیع بالثمن , و اما الخبر فهو دال علی لزوم الثمن الاول ولا اولویه فیه لغیره.

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۹۲ح۳۶

ثم أنّه إذا كان مرسوما وضع شی ء يسقط عن الشفيع أيضا لان البيع وقع على الثمن الثانی و الّا فلا و يؤيد ذلک ما فی الدّعائم «عن الصّادق (عليه السلام): إذا وضع البائع من المشتری بعد عقد الشّراء ما يوضع مثله من المتبايعين وضع مثل ذلک من الشفيع و إن كان الذی وضع ما لا يوضع مثله، فإنّما هو هبه و ليس يوضع عن الشفيع».

ثم ان كان الثمن مثليا فعليه مثله

(ثم ان كان الثمن مثليا فعليه مثله و ان كان قيميا فقيمته يوم العقد)

قال الشّهيد الثانی: و «قيل: لا شفعه هنا «فيما لو كان الثمن قيميا» لتعذّر الأخذ بالثمن، و عملا بروايه لا تخلو من ضعف و قصور عن الدّلاله، و على الأوّل يعتبر قيمته يوم العقد»(1) .

قلت: ذهب إلى الأوّل المفيد و الحلبيّان و الحلیّ و المبسوط استنادا الى اطلاق ادله الشفعه .

و ذهب إلى الثانی الخلاف و ابن حمزه، و هو ظاهر الإسكافیّ حيث قال: «إذا انتقل عنه بعروض لم يجعل عوضا عن ثمن، لم يكن للشفيع شفعه إلّا أن يردّ على المشتری تلک العين بذاتها لا قيمتها» و هو ظاهر القاضی حيث قال: «و إذا طلب

۱- الروضه البهيه فی شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - كلانتر)؛ ج ۴، ص: ۴۰۴

إنسان بشفعه فوجبت له كان عليه من الثمن مثل ما وزنه فإن كان البيع بالنقد وجب عليه نقدا و إن كان نسيئه- إلخ» .

و فى المسأله قول آخر: و هو البيع بالنقدين لا بكلّ مثلىّ، ذهب إليه ابن الوليد و مال إليه ابن بابويه ففى الفقيه «و كان شيخنا محمّد بن الحسن يقول: إنّما الشفعه فى ما اشتريت بثمن معلوم ذهب أو فضّه و يكون غير مقسوم، و حديث علىّ بن رئاب يؤيد ذلك»(١) و أشار الصدوق فى قوله «و حديث علىّ بن رئاب» إلى ما رواه صحيحا عن الحسن بن محبوب، عن علىّ ابن رئاب، عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) فى رجل اشترى دارا برقيق و متاع و بزّ و جوهر، فقال: ليس لأحد فيها شفعه»(٢) حيث نفى الشفعه فيما إذا كان الثمن قيميا, بل المنصرف منه عرفا هو النقدين حيث لا فرق عرفا بين المتاع وبين الحنطه والشعير من المثليات, و روى الخبر التّهذيب(٣) و فى طريقه ابن سماعه و الضعف إنّما فى طريق التّهذيب دون الفقيه فإسناده إلى الحسن بن محبوب صحيح. و منه يظهر لك ما فى قوله «و عملا بروايه لا تخلو عن ضعف» و اليه ذهب الشيخ فى الخلاف مدعيا عليه الإجماع و العلامه فى المختلف اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع اليقين, و عليه فالاقوى عدم ثبوت الشفعه الّا فى ما كانت بثمن معلوم ذهب أو فضّه – و المراد النقدين و عليه

١- من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ٨٢ باب الشفعه

٢- من لا يحضره الفقيه، ج ٣، ص: ٨٠

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان) ج ٧ ص ١۶٧, ١۴ باب الشفعه

فیشمل ما یقوم مقامهما من الاوراق النقدیه حسب الفهم العرفی – عملا بالصحیح المتقدم و الذی به تقید الاطلاقات .

حصیله البحث:

لیس للشّفیع اخذ البعض بل یأخذ الجمیع أو یدع و یأخذ بالثّمن الّذی وقع علیه العقد، و لا یلزمه غیره من دلالهٍ أو وکالهٍ، و الاقوی عدم ثبوت الشفعه الّا فی ما کانت بثمن معلوم من النقدین و ما یقوم مقامهما من الاوراق النقدیه .

و هی علی الفور

(و هی علی الفور)

کما ذهب إلیه الشیخ مدعیا علیه الاجماع و ابن حمزه و القاضی و لکن ذهب إلی التراخی الإسکافیّ و علیّ بن بابویه و المرتضی مدعیا الاجماع علی عدم الفوریه و الحلیّ و هو ظاهر الحلبیّ.

و الاقوی هو الأوّل علی تفصیل فی إحضار الثمن ففی صحیح علیّ بن مهزیار، عن الجواد (علیه السلام): «سألته عن رجل طلب شفعه أرض فذهب علی أن یحضر المال فلم ینضّ فکیف یصنع صاحب الأرض إن أراد بیعها أیبیعها أو ینتظر مجی ء شریکه صاحب الشفعه؟ قال: إن کان معه بالمصر فلینتظر به ثلاثه أیّام فإن أتاه بالمال و إلّا فلیبع و بطلت شفعته فی الأرض، و إن طلب الأجل إلی أن یحمل

المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما سافر الرّجل إلى تلك البلده و ينصرف و زياده ثلاثه أيّام إذا قدم فإن وافاه و إلّا فلا شفعه له»(۱) و هيثم بن ابى مسروق النهدى ممن لم يستثنه ابن الوليد من نوادر الحكمه فالاقوى وثاقته.

و أمّا ما فى الدّعائم مرفوعا «عن الصّادق (عليه السلام) فى الشفيع يحضر وقت الشّراء ثمّ يغيب ثمّ يقدم فيطلب شفعته؟ قال: هو على شفعته ما لم يذهب وقتها، و وقت الشفعه للحاضر البالغ سنه فإذا انقضت السّنه بعد وقت البيع و لم يطلب شفعه فلا شفعه له» فلا عبره به.

و اما ما ورد من ان «الشفعه لمن واثبها»(۲)، «و الشفعه كحلّ العقال»(۳) فلم يرد من طرقنا.

و قد يقال بكونه متراخيا الى الحد الذى يلزم فيه الضرر تمسكا بالاستصحاب، فانه جار الّا بناء على المبنى القائل بعدم جريان الاستصحاب فى الشبهات الحكميه او فى موارد الشك فى المقتضى.

و فيه: انه مع وجود الدليل لا تصل النوبه الى الاصل العملى .

(و إذا علم و أهمل بطلت)

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۶۷ح۱۶
۲- نيل الاوطار للشوكانى ۶: ۸۷
۳- سنن البيهقى ۶: ۱۰۸

قد عرفت تضمّن صحیح علیّ بن مهزیار المتقدّم فی العنوان السابق مهله ثلاثه أیّام له فی إحضار المال و أمّا الأخذ فعلی الفور.

هذا و لایخفی عدم ثبوت الشفعه بالجوار و ذلک لقصور فی المقتضی مضافا الی صریح روایه الغنوی المتقدمه.

و لا تسقط الشفعه بالفسخ

(و لا تسقط الشفعه بالفسخ المتعقب للبیع بتقایل)

لأن التقایل لاحق للعقد و الشفعه تثبت بالعقد فتقدم علیه .

(أو فسخ بعیب)

لأـن اسـتحقاق الفسـخ به فرع دخول المعیب فی ملکه، إذ لاـ یعقـل رد مـا کـان ملکا للغیر، و دخوله فی ملکه إنما یتحقق بوقوع العقد صـحیحا، و فی هذا الوقت تثبت الشـفعه فیقترنان - الشـفعه و الفسخ - و یقدم حق الشـفیع، لعموم أدله الشفعه للشریک، و استصحاب الحال .

(و لا بالعقود اللاحقه کما لو باع أو وهب أو وقف)

لانه بعد ثبوت حقّه بالبیع الأوّل لم یعلم سقوطه بما تعقّبه فیستصحب.

(بل للشفیع إبطال ذلک کله و له أن یجیز البیع و یأخذ بالبیع الثانی)

و یؤیـده مـا فی الـدّعائم «عن الصّـادق (علیه السـلام) إذا بیـع الشـقص مرارا فی مـدّه الشـفعه فللشـفیع أن یقوم علی من شـاء من المشترین».

ص:۳۳۰

و الشفيع يأخذ من المشترى و دركه عليه

(و الشفيع يأخذ من المشترى)

لا- من البائع، لأنه المالك الآن (و دركه) أى درك الشقص لو ظهر مستحقا (عليه) اى المشترى فيرجع الشفيع على المشترى بالثمن و بما اغترمه لو أخذه المالك هذا اذا كان المشترى عالما بالغصبيه والا ففيه وجهان كما تقدم فيمن قدم طعاما لغيره(۱).

و للشفيع أن يأخذ من البائع إذا صمّم على البيع لا ما إذا لم يرد البيع، و يدلّ عليه صحيح علىّ بن مهزيار المتقدم عن الجواد (عليه السلام): «سألته عن رجل طلب شفعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينضّ فكيف يصنع صاحب الأرض إن أراد بيعها أبيعها أو ينتظر مجى ء شريكه صاحب الشفعه؟ قال: إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثه أيّام فإن أتاه بالمال و إلّا فليبع و بطلت شفعته فى الأرض- الخبر».

و أخذه من المشترى إنّما كان لأنّه كان أحقّ ببيع المالك منه من غيره كما هو مقتضى صحيح الحلبىّ، عن الصّادق (عليه السلام) «فى المملوك بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه فيقول صاحبه: أنا أحقّ به أله ذلك؟ قال: نعم إذا كان واحدا»(۲).

ص:۳۳۱

۱- الدرر الفقهيه ج۹ص۳۷

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۱۶۶ح۱۲ قلت: وقد تقدم هذا الصحيح ص۲۷۸وذكرنا ان فى ذيله اشكالا .

ثم ان حق الشفعه قابل للإسقاط بدون عوض او معه دون النقل و ذلک لانه حق و لا یحتمل کونه حکما شرعیا لکی لا یقبل الاسقاط.

و اما عدم قابلیته للنقل فیکفی لإثباته عدم الدلیل علی قبوله لذلک .

حصیله البحث:

و لا تسقط الشّفعه بالفسخ المتعقّب بتقایلٍ أو فسخٍ لعیب، و لا بالعقود اللّاحقه کما لو باع أو وهب أو وقف بل للشّفیع إبطال ذلک کلّه، و له أن یجیز و یأخذ بالبیع الثّانی، و الشّفیع یأخذ من المشتری و درکه علیه، و حق الشفعه قابل للإسقاط بدون عوض او معه دون النقل .

و الشفعه تورث کالمال بین الورثه

(والشفعه تورث)

عن الشفیع کما یورث الخیار، و حد القذف، و القصاص، فی أصح القولین، لعموم أدله الإرث. ذهب إلی موروثیّتها المفید و المرتضی و الحلیّ و الشیخ فی موضع من الخلاف و هو المفهوم من الکافی حیث لم یروِ خبره والصدوق حیث نسبه الی الروایه فقال: «و فی روایه طلحه بن زید عن جعفر بن محمّد، عن أبیه علیهما السّلام قال: قال علیّ (علیه السلام): الشفعه لا تورث»(1).

۱- الفقیه (فی ۶ من أخبار شفعته) والتّهذیب (فی ۱۸ من أخبار شفعته)

و قیل: لا تورث ذهب الیه الشیخ فی النهایه و المبسوط و القاضی و ابن حمزه استنادا الی خبر طلحه المتقدم .

و یؤیـده ما فی المسـتدرک عن البحار «عن کتاب الإمامه لعلیّ بن بابویه، عن هارون بن موسـی، عن محمّـد بن علیّ، عن محمّد بن الحسن، عن علیّ بن أسـباط، عن ابن فضّـال، عن الصّـادق، عن أبیه، عن آبـائه علیهم السّـلام، عن النّبیّ صـلّی اللّه علیه و آله الشـفعه لا تورث» قلت: ولا یخفی ما فیه من اشکال فابن فضّال لا یروی عن الصّادق (علیه السلام) و أیضا الظاهر أقدمیّه علیّ بن بابویه، عن هارون بن موسی التّلعکبریّ.

و کیف کـان فحیث لا ـ وثوق بالخبرین فالاقوی هو الاول و انها تورث (کالمال) فتقسم (بین الورثه) علی نسـبه سـهامهم، لا علی رؤوسـهم, فللزوجه مع الولـد الثمن، و لو عفی أحد الوراث عن نصـیبه لم تسـقط، لأن الحق للجمیع، فلا یسـقط حق واحد بترک غیره (فلو عفوا إلّا واحدا أخذ الجمیع، أو ترک) حذرا من تبعض الصفقه علی المشتری .

و یجب تسلیم الثمن أولا ثم الأخذ

(و یجب تسلیم الثمن أولاً)

تـدارکا لقهر المشتری (ثم الأخذ) أی تسـلم المبیع (إلّا أن یرضـی الشـفیع) المشتری و الظاهر وقوع کلمه الشـفیع من سـهو القلم (بکونه) أی الثمن (فی ذمته) فله أن

ص:۳۳۳

يتسلم المبيع أولا، لأن الحق فی ذلک للمشتری فإذا أسقطه برضاه بتأخیر الثمن فی ذمه الشفیع فله ذلک.

و لا یصحّ الأخذ إلّا بعد العلم بقدره و جنسه

(و لا یصحّ الأخذ إلّا بعد العلم بقدره و جنسه)

و وصفه، لأنه معاوضه تفتقر إلی العلم بالعوضین کما تقدم فی البیع .

(فلو أخذه قبله لغا و لو قال: أخذته بمهما کان) للغرر، و لا تبطل بذلک شفعته.

حصیله البحث: الشّفعه تورث کالمال بین الورثه، فلو عفوا إلّا واحداً أخذ الجمیع أو ترک، و یجب تسلیم الثّمن أوّلًا ثمّ الأخذ إلّا أن یرضی المشتری بکونه فی ذمّته، و لا یصحّ الأخذ إلّا بعد العلم بقدره و جنسه، فلو أخذ قبله لغی و لو قال: أخذته بمهما کان .

و لو انتقل الشقص بهبه أو صلح أو صداق فلا شفعه

(و لو انتقل الشقص بهبه أو صلح أو صداق فلا شفعه)

ص:۳۳۴

و ذلک لاختصاص ادله الشفعه بالبیع و یؤیده خبر أبی بصیر، عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن رجل تزوّج امرأه علی بیت فی دار له، و له فی تلک الدّار شرکاء، قال: جائز له و لها، و لا شفعه لأحد من الشّرکاء علیها»(۱).

و فی الفقیه قبل هذا الخبر «و کان شیخنا محمّد بن الحسن یقول: لیس فی الموهوب و المعاوض به شفعه، إنّما الشفعه فی ما اشتریت بثمن معلوم ذهب أو فضّه» کما تقدم ذلک .

و اما ما قاله المصنّف من الصلح فصحیح إن کان صلحا لا ینطبق علی البیع - مثل الصلح علی دعاویه غیر الثابته أو حقوقه غیر المعیّنه - و إلّا فلا لأنّه بیع بدل لفظه کما تقدم تحقیقه فی کتاب الصلح.

ثمّ لم نقف علی معمّم سوی الإسکافیّ، و الظاهر کونه أحد موارد عمله بالقیاس الذی نسب إلیه، و إلّا فقد عرفت أنّ موارد الأخبار فیها البیع.

و لو اشتراه بثمن کثیر ثم عوضه عنه بیسیر

(و لو اشتراه بثمن کثیر ثم عوضه عنه بیسیر، أو أبرأه من الأکثر) و لو حیله علی ترک الشفعه (أخذ الشفیع بالجمیع)

۱- الفقیه فی آخر شفعته والتّهذیب فی ۱۹ من أخبار شفعته

إن شاء، لأنه الثمن و الباقى معاوضه جديده، أو إسقاط لما ثبت. و مقتضى ذلك أن الثمن الذى وقع عليه العقد لازم للمشترى، و جائز للبائع أخذه، و إن كان بينهما مواطاه على ذلك، إذ لا يستحق المشترى أن يأخذ من الشفيع إلّا ما ثبت فى ذمته، و لا يثبت فى ذمته إلّا ما يستحق البائع المطالبه به.

و يؤيده ما فى الدّعائم «عن الصّادق (عليه السلام): إذا وضع البائع من المشترى بعد عقد الشّراء ما يوضع مثله فإنّما هو هبه للمشترى و ليس يوضع عن الشفيع».

أقول: هذا صحيح إذا كان البيع لا ـ عن تواطئ بحيث لم يكن للبائع حقّ أن لا يقبل العوض الأقلّ، و أمّا لو يكن للبايع حقّ كأن وقع البيع على الاقل و مواطأتهما مجرد خداع ثبتت الشفعه بالاقل .

هذا و قال الشيخ: إذا حطّ البائع من الثمن قبل انقضاء خيار المجلس أو الشّرط كان حطّا من الشفيع، و قال الحلىّ: لا فرق بين قبل انقضائه و بعده.

قلت: الصحيح ما تقدم انفا من أنّه إذا كان مرسوما وضع شى ء يسقط عن الشفيع أيضا لان البيع وقع على الثمن الثانى و الّا فلا .

حصيله البحث:

لو انتقل الشّقص بهبهٍ أو صداقٍ فلا شفعه، و لو اشتراه بثمنٍ كثيرٍ ثمّ عوّضه عنه بيسيرٍ أو أبرأه من الأكثر أخذ الشّفيع بالجميع أو ترك الشّفيع نعم لو كان تواطأهما على الاكثر مجرد خداع ثبتت الشفعه بالاقل .

ص:٣٣۶

و لو اختلف الشفیع و المشتری فی الثمن

(و لو اختلف الشفیع و المشتری فی الثمن حلف المشتری)

علی المشهور فذهب إلیه الشیخان و الدّیلمیّ و الحلبیّ و الحلیّ، لأن حق الشفیع فیما یدعیه متفرع علی ثبوت البیع بالمقدار الذی یـدعیه و هو لم یثبت کمـا و ان المالـک لاـ یزال ملکه إلّـا بمـا یـدعیه و علیه فالقول قول المشتری, و هو من مصادیق قاعـده من ملک شیئاً ملک الاقرار به بناءً علی صحه القاعده.

و قال الإسکافیّ: «إذا اختلف الشفیع و المشتری فی الثمن کانت البیّنه علی الشفیع فی قدر الثمن إذا لم یقرّ له بالشفعه فإن أقرّ بها المشتری کانت البیّنه فی قدر الثمن علیه، و إلّا کانت یمین الشفیع لأنّه لا یستحقّ علیه زیاده علی ما یقرّ له به من الثمن».

قلت: الظـاهر أنّ مراده بـإقرار المشـتری للشـفیع بالشـفعه إقرار المشتری بـأنّ الشـریک یسـتحقّ الشـفعه فی معـاملتی هـذه علی ما اشتریت فکأنّه أقرّ له خفیّا بدعواه و إلّا فلا معنی لإقرار المشتری کلّیّا، فالحکم بالشـفعه إنّما هو حکم الشّریعه لا یستطیع المشتری عدم الإقرار بها، و ممّا نقلنا یظهر لک ما فی نسبه الشّهید الثانی إلی الإسکافی من تقدیم قول الشفیع مطلقا(۱).

۱- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (ط-کلانتر)؛ ج ۴، ص: ۴۱۴

و يؤيد ذلك ما فى الدّعائم مرفوعا «عن الصّادق (عليه السلام): إذا اختلف المشترى و الشفيع فى ثمن الدّار، فالقول قول المشترى إذا جاء بما يُشْبِهُ مَعَ يَمِينِهِ إِنْ لَمْ تَكُنْ للشفيع بيّنه»(۱). و الظاهر ان المراد من قوله «إذا جاء بما يُشْبِهُ» اى الثمن يعنى ان دعواه فى الثمن متعارفه و عليه فلا يمكن العمل بالخبر فى هذه الفقره لعدم حجيه الخبر .

و لو ادعى أن شريكه اشترى بعده حلف الشريک

(و لو ادعى أن شريكه اشترى بعده)

و أنه يستحق عليه الشفعه فأنكر الشريک التأخر (حلف الشريک) لأنه منكر، و الأصل عدم الاستحقاق .

(و يكفيه الحلف على نفى الشفعه)

عند المصنف فانه و إن أجاب بنفى التأخر الّا أن الغرض هو الاستحقاق فيكفى اليمين لنفيه, و ربما كان صادقا فى نفى الاستحقاق و إن كان الشراء متأخرا لسبب من الأسباب المسقطه للشفعه فلا يكلف الحلف على نفيه.

و فيه: لزوم مطابقه حلفه على مورد الدعوى من نفى التأخر على تقدير الجواب به.

۱- دعائم الإسلام، ج ۲، ص: ۹۰ح۲۷۸

و لو تداعيا السبق تحالفا

(و لو تداعيا السبق تحالفا)

لان كلا منهما مدع ومنكر وقد بيّن حكمه فى الشريعه وعليه فلا تصل النوبه الى القول بالقرعه. فإذا تحالفا استقر ملكهما لاندفاع دعوى كل منهما بيمين الآخر (و لا شفعه) لانتفاء السبق.

حصيله البحث:

و لو اختلف الشّفيع و المشترى فى الثّمن حلف المشترى، و لو ادّعى أنّ شريكه اشترى بعده حلف الشّريك و لا يكفيه الحلف على نفى الشّفعه بل اللازم مطابقه حلفه على مورد الدعوى، و لو تداعيا السّبق تحالفا و لا شفعه .

(كتاب السبق و الرمايه)

اشاره

أقول: و الاصل فى كتاب السّبق و الرّمايه الشيخ فى مبسوطيه مستندا فيه إلى أخبار العامّه و تبعه الحلىّ، و سبقه الإسكافىّ الذى كان مثل الشيخ فى مبسوطه يذكر فروع العامّه، و حيث لم يكن فيه ذكر فى فقه القدماء بسط المبسوط فى فروعه بسطا، و لم يذكر المتأخّرون جميعها، كما أنّ فى كتب الحديث لم يذكر له بابا و إنّما الكافى ذكر الأخبار المتقدّمه فى جهاده، و التّهذيب لم يذكر شيئا منها سوى

خبرا فی «البیّنات» من حیث اشتماله علی الشهاده، کما أنّ الصدوق أیضا ذکر فیه خبرا فی من یجب ردّ شهادته من حیث قبول الشهاده و عدمه.

حقیقه السبق و الرمایه

السبق- بسکون الباء- معامله تتضمن اجراء الخیل و ما شابهها فی حلبه السباق لمعرفه الاجود منها.

و الرمایه معامله تتضمن رمی السهام نحو الهدف للتعرف علی الحاذق من المترامین وعلیه فهما عقدان وذلک انهما لا یتحققان إلّا بعد اتفاق شخصین أو أکثر علیهما، و لا یکفی الایجاب من طرف واحد لتحققهما.

نعم بناءً علی کونهما جعاله- کما هو المنسوب للشیخ و العلّامه(۱)- فهما ایقاع و لا حاجه فی تحققهما إلی القبول بل یکفی البذل، کما یکفی فی مثل: من ردّ علیّ سیارتی المسروقه فله کذا.

الّا ان ذلک صحیح لو کان البذل من شخص ثالث أجنبی، و اما إذا کان منهما باتفاق بینهما فلا یحتمل کونهما جعاله .

و لا تخفی مشروعیه المعاملتین المذکورتین لکثره الروایات الداله علی صحتها کموثقه غیاث بن إبراهیم عن أبی عبد اللّه عن أبیه عن علی بن الحسین علیهم

۱- جواهر الکلام ۲۸: ۲۲۳

السّلام: «ان رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله أجرى الخيل و جعل سبقها(۱) أواقى من فضه»(۲) و صحيحه حفص بن البحترى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) انه كان يحضر الرمى و الرهان(۳).

هذا و يطلق السبق فى الأخبار على ما يشمل الرّمايه كما فى صحيح حفص عن الصادق (عليه السلام): «لا سبق إلّا فى خفّ أو حافر أو نصل يعنى النضال»(۴)و خبر عبد اللّه بن سنان(۵)فإنّ المراد بالنّصل الرّمايه و قد سمّاه سبقا كالسبق بالإبل و الخيل، و لكن فى المبسوط «النّضال اسم يشتمل على المسابقه بالخيل و الرّمى معا، و لكلّ واحد منهما اسم ينفرد به فالمناضله فى الرّمى و الرّهان فى الخيل».

أحكام السبق و الرمايه

۱- (و انما ينعقد السبق من الكاملين)

ص:۳۴۱

۱- السبق بفتح السين و الباء: العوض المجعول للسابق. و يقال له: الخطر- بفتح الحاء و الطاء- أيضا. و السبق بفتح السين و سكون الباء: مصدر بمعنى المعامله المتقدمه. و الأواقى: جمع أوقيه.

۲- وسائل الشيعه ۱۳: ۳۴۵ الباب ۱ من أحكام السبق و الرمايه الحديث ۱۰

۳- وسائل الشيعه ۱۳: ۳۴۸ الباب ۲ من أحكام السبق و الرمايه الحديث ۴

۴- وسائل الشيعه، ج ۱۹، ص: ۲۵۲باب۳ح۱

۵- وسائل الشيعه، ج ۱۹، ص: ۲۵۳باب۳ح۲

بالبلوغ و العقل لانهما من العقود وهی لا تصح من الصبی والمجنون کما تقدم فی کتاب البیع .

(الخالیین من الحجر) لأنه یقتضی تصرفا فی المال.

۲- (علی الخیل) و الإبل لورود النصّ الخاصّ فیهما (و البغال و الحمیر)

و هی داخله فی الحافر المثبت فی صحیح حفص عن الصادق (علیه السلام): «لا سبق إلّا فی خفّ أو حافر أو نصل یعنی النضال»(۱) .

(و الإبل و الفیله)

و هما داخلان فی الخف لکن قیل: الظاهر انصرافه إلی الأوّل. قلت: و هو ممنوع، قال: فی المبسوط: «و أمّا الخفّ فضربان إبل و فیله، فأمّا الإبل فیجوز المسابقه علیه لقوله تعالی {فَمَا أَوْجَفْتُمْ عَلَیْهِ مِنْ خَیْلٍ وَ لَا رِکَابٍ} و الرکاب الإبل.و للخبر و لأنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله سابق بناقته العضباء. و أمّا الفیل فقال قوم:لا یجوز لأنّه لیس ممّا یکرّ و یفرّ، و قال آخرون: یجوز و هو الأظهر، و الأقوی عندنا لعموم الخبر»(۲). قلت: و هو الاقوی لعموم صحیح حفص المتقدم.

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص: ۲۵۲باب۳ح۱ الحافر اسم فاعل، و حافر الدابّه هو بمنزله القدم للإنسان، و الخف- بالضم- للبعیر و النعام بمنزله الحافر لغیرهما، و المراد صاحب الخف و صاحب الحافر من الدوابّ.

۲- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۶، ص: ۲۹۱

و تردّد فيه الإسكافىّ فقال: «المجمع عليه ما يكون به القوّه على حرب الأعداء فى الدّين و النكايه لهم و الرّهبه و ما به يصل البأس إليهم بأىّ وجه كان الخيل و الإبل من الحيوان و الرّمى عن القسى بذى النصل من السّهام و قد أجازه قوم بالمزاريق و البغال و الحمير و غيرها من الحيوان».

(و على السيف و السهم و الحراب)

و هى داخله فى النصل , و النصل لغةً: حديده السهم و الرمح و السيف .

(لا بالمصارعه و السفن و الطيور و العدو و رفع الأحجار)

و رميها و نحو ذلك لدلاله صحيح حفص المتقدم على نفى مشروعيه ما خرج عن الثلاثه.

قال الشهيد الثانى: «هذا إذا تضمن السبق بذلك العوض أما لو تجرد عنه ففى تحريمه نظر من دلاله النص على عدم مشروعيته إن روى السبق بسكون الباء- ليفيد نفى المصدر و إن روى بفتحها كما قيل إنه الصحيح روايه كان المنفى مشروعيه العوض عليها فيبقى الفعل على أصل الإباحه إذ لم يرد شرعا ما يدل على تحريم هذه الأشياء خصوصا مع تعلق غرض صحيح بها و لو قيل بعدم ثبوت روايه الفتح فاحتمال الأمرين يسقط دلالته على المنع»(۱).

ص:۳۴۳

۱- الروضه البهيه (المحشى - كلانتر)؛ ج ۴، ص: ۴۲۲؛ كتاب السبق و الرمايه.

أقول: و فی خبر التّهـذیب الاتی بعد ذکر الرّهان فی الخفّ و الحافر و الرّیش «و ما سوی ذلک قمار حرام» دلاله علی عدم جواز الرهان فی المصارعه و السفن و الطیور و العدو و رفع الأحجار و غیرها، و أمّا بدونه فلیس بحرام لکنه ضعیف سندا.

و مما یشـهد للجواز بلا رهان حسـنه زید الشـحّام، عن الصّادق (علیه السلام)، عن آبائه علیهم السّلام: «أنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله دخـل لیله بیت فـاطمه علیها السّـلام و معه الحسـنان علیهما السّـلام فقال لهما: قوما و اصـطرعا، فقاما لیصـطرعا و قـد خرجت فاطمه علیها السّلام لبعض حاجاتها فسمعت النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله یقول إنّه: یا حسن شدّ علی الحسین فأصرعه، فقال: یا أبه أ تشجّع الکبیر علی الصغیر؟ فقال: یا بنیّه أما ترضین أن أقول: أنا یا حسن شدّ علی الحسین فأصرعه، و هذا جبرئیل یقول: یا حسین شدّ علی الحسن فأصرعه»(۱).

و أمّا ما نقله ابن أبی جمهور الأحسائی «أنّ فی الحدیث أنّ النّبیّ صـلّی اللّه علیه و آله و سلّم خرج یوما إلی الأبطح فرأی أعرابیّا یرعی غنمـا له و کـان موصوفـا بـالقوّه فقال له الأعرابیّ: هل لک إلی أن تعود، فقال: ما تسبّق؟ قال: شاه أخری فصارعه فصـرعه صلّی اللّـه علیـه و آله فقـال الأعـرابیّ: اعرض علیّ الإسـلام فمـا أحـد صـرعنی غیرک، فعرض علیه الإسـلام و ردّ علیه غنمه»(۲) فمضافا الی ضعف اصل الکتاب و

۱- الأمالی للصدوق ص: ۴۴۳ح۸

۲- عوالی اللئالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیه، ج ۳، ص: ۲۶۷ح۸

المؤلف انه ضعيف سندا مضافا الی اعراض الاصحاب عنه و لذا ذکرت فیه بعض التوجیهات کأن یکون ذلک منه صلّی اللّه علیه و آله بمحض صوره، لردّها علیه أخیرا و کان غرضه إسلام الرّجل أو لأنّ مال الکافر حلال .

و قال فی المبسوط « المسابقه بالمصارعه بغیر عوض أجازه قوم بعوض و فیه خلاف فمن أجازه قال لما روی «أنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله خرج إلی الأبطح فرأی یزید بن رکانه یرعی أعنزا له فقال للنّبیّ هل لک فی ان تصارعنی؟ فقال النبی ما تسبق لی فقال: شاه فصارعه فصرعه، فقال للنبی صلی الله علیه و آله هل لک فی العود؟ فقال النبی صلی الله علیه و آله ما تسبق لی فقال شاه فصارعه فصرعه، فقال للنبی اعرض علی الإسلام، فما أحد وضع جنبی علی الأرض، فعرض علیه الإسلام فأسلم و رد علیه غنمه و الأقوی أنه لا یجوز لعموم الخبر»(۱) قلت: والخبر الذی ذکره من روایات العامه لاحجیه فیه کما لا یخفی.

و قال المبسوط ایضا: «جوّز بعض العامّه المسابقه بالأقدام بما رووا عن عائشه کنت مع النّبیّ فی غزاه فقال للقوم تقدّموا فتقدّموا. فقال: تعالی اسابقک، فسابقته برجلی فسبقته فلمّا کان فی غزاه أخری قال للقوم: تقدّموا فتقدّموا، و قال: تعالی اسابقک فسابقته فسبقنی و کنت قد نسیت، فقال: یا عائشه هذه بتلک و کنت

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۶، ص: ۲۹۱

بدنت»(۱) قلت: و هو مضافا الی ضعفه سندا من موضوعاتهم الرّکیکه و من ادّعاءاتها الجلفه کما لا یخفی.

ثم ان عدم الجواز فی الطیور إجماعیّ، و أمّا ما فی الفقیه قائلا «و روی عن العلاء بن سیابه قال: سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن شهاده من یلعب بحمام؟ قال: لا بأس إذا کان لا یعرف بفسق، قلت: فإن من قبلنا یقولون: قال عمر: هو شیطان، فقال سبحان اللّه أما علمت أنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم قال: إنّ الملائکه لتنفر عند الرّهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الرّیش و النصل، فإنّها تحضرها الملائکه و قد سابق النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم أسامه بن زید و أجری الخیل»(۲) الظاهر فی جواز السبق بالحمام لاستدلاله لعدم البأس بلعب الحمام بأنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم قال بعدم نفر الملائکه من رهان الرّیش، فمع ضعفه سنداً شاذّ متروک ولذا قیل بحمله علی التقیه.

و یؤیده خبر الجعفریات عن جعفر بن محمّد، عن آبائه علیهم السّلام: «أنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله رأی رجلاً یرسل طیراً فقال:شیطان یتبع شیطانا» و قال: «الحمامات الطیّارات حاشیه المنافقین»(۳).

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۶، ص: ۲۹۰

۲- الفقیه باب من یجب ردّ شهادته، و من یجب قبول شهادته فی خبره ۲۳

۳- الجعفریات (الأشعثیات) ص: ۱۷۰

مع أنّ التّهذيب روی الخبر عن العلاء بن سيابه بدون هذه الفقره «قلت: فإن من قبلنا يقولون: قال عمر: هو شيطان، فقال سبحان اللّه أما علمت » فقال: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن شهاده من يلعب بالحمام، فقال: لا بأس إذا كان لا يعرف بفسق» ثمّ قال: «سَمِعْتُهُ يَقُولُ لَا بَأْسَ بِشَهَادَهِ الَّذِی يَلْعَبُ بالحمام و لا بأس بشهاده المراهن عليه فَإِنَّ رسول اللَّه ص قد أجری الخيل و سابق و كان يقول إنَّ الملائكه تحضر الرِّهان فی الخفّ و الحافر و الرّيش و ما سوی ذلک فهو قمارٌ حرام»(١) فإنّ الأصل فيهما واحد، و تری أنّه تضمّن أنّه (عليه السلام) قال بعدم البأس بشهاده رجلين أحدهما اللاعب بالحمام لعدم كونه من حيث هو فسقا، و الثانی شهاده الرّاهن فی السبق و الرّمايه لمشروعيّته و عمل النّبیّ صلّی اللّه عليه و آله به.

و بعد كون الأصل فی خبر الفقيه و خبر التّهذيب واحدا يعلم أنّ احدهما محرف ويتعين التحريف فی خبر الفقيه وذلک لسلامه خبر التهذيب من الاشكال متنا فلا خلاف فی مضمونه بخلاف خبر الفقيه، و ممّا يدلّ علی وقوع التحريف فيه قوله

١- وسائل الشيعه، ج ١٩، ص: ٢٥٣باب٣ح٣ ومن الغريب أنّ الوسائل نقل خبر التّهذيب بالنقص فبدّل قوله «و لا بأس بشهاده صاحب السياق المراهن عليه» بقوله «و لا بأس بشهاده المراهن عليه» فصار الضمير بعد الإسقاط بحسب السياق راجعا إلی الذی يلعب بالحمام فاضطرّ إلی تأويله و قال: «قال بعض فضلائنا: الحمام فی عرف أهل مكّه و المدينه يطلق علی الخيل، فلعلّه المراد من الحديث بدلاله استدلاله بحديث الخيل فيحصل الشكّ فی تخصيص الحصر السابق بغير الحمام» فإن كون الخبر كما قلنا قطعیّ نقله الوافی كما نقلنا فی باب عداله الشاهد. و هو كذلک فی مطبوعتين معتبرتين من التّهذيب .

فی ذیله «و قد سابق- إلخ» فإنّه بعد کونه بحسب سیاقه- لولا التحریف- فی مقام بیان جواز السبق بالحمام بقوله صلّی اللّه علیه و آله «و الریش» لا ربط لقوله «و قد سابق- إلخ» فإنّ المسابقه بالخیل مشروعیّتها مسلّمه عند الخاصّه و العامّه و جمیع الأمّه، و من خبر التّهذیب یعلم أنّ «و النصل» فی الفقیه أیضا «زائد» غیر الخلط الذی قلنا فان المراد من الریش هو النصل(۱) فلا وجه لذکر النصل بعد ذکر الریش، واما ما رواه الفقیه ایضا مرفوعا فی موضع آخر فقال: «قال الصّادق (علیه السلام): إنّ الملائکه- إلخ»(۲) فهو نفس خبر ابن سیابه وأنّه أخذه من خبره ذاک.

و الأصل فی اللّعب بالحمام حدیث وضعه القاضی أبو البختریّ ففی تاریخ بغداد فی ترجمته «قال زکریّا السّاجی بلغنی أنّ أبا البختریّ دخل علی الرّشید و هو قاضٍ و هارون إذا ذاک یطیّر الحمام فقال: هل تحفظ فی هذا شیئا فقال: حدّثنی هشام بن عروه، عن أبیه، عن عائشه أنّ النّبیّ کان یطیّر الحمام، فقال: اخرج عنّی لولا أنّه رجل من قریش لعزلته، و قیل لأحمد ابن حنبل: تعلم أحدا روی «لا سبق إلّا فی خفّ أو حافر أو جناح؟ فقال:ما روی هذا إلّا ذاک الکذّاب أبو البختریّ.

و لم یقل بجوازه أحد منّا و إنّما نقله الخلاف عن الشافعی فی قول له علی خلاف المذهب عندهم لفائده نقل الکتب و معرفه الأخبار.

ص:۳۴۸

۱- قال فی مختار الصحاح ص۲۶۶: «راش السهم ألزق فیه الریش » فالمراد من الریش اذن هو السهم وقال فی ص۶۶۳: النصل: نصل السهم والسیف والسکین والرمح.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص: ۲۵۱باب۱ح۶

حکم السبق والرمایه فی وسائل القتال الحدیثه

هـذا و یصح اجراء هاتین المعاملتین علی وسائل القتال الحدیثه و لا یختص بما إذا کان علی السـیف و السـهام و الخیل و الابل و ما شاکل ذلک فان النصوص و ان اقتصـرت علیها، کما فی صـحیحه حفص عن أبی عبد اللّه (علیه السلام): «لا سبق الا فی خف أو حـافر أو نصـل»(۱) الّا ان تخصیصـها بالـذکر هـو مـن جهـه کونهـا الوسائـل الحربیـه المتـداوله تلـک الفـتره و لا ینبغی فهم الخصوصیه لها کما هو واضح بالفهم العرفی.

حصیله البحث:

إنّما ینعقد السّبق من الکاملین بالبلوغ و العقل الخالیین من الحجر علی الخیل و البغال و الحمیر و الإبل و الفیله، و علی السّیف و السّهم و الحراب لا بالمصارعه و السّفن و الطّیور و العدو, و یصح اجراء هاتین المعاملتین علی وسائل القتال الحدیثه .

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۳۴۸ الباب ۳ من أحکام السبق و الرمایه الحدیث ۱

لابدیه الایجاب والقبول

۳- (و لا بدّ فیها) ای المسابقه (من إیجاب و قبول علی الأقرب)

لانها من العقود وأشار بقوله «علی الأقرب» إلی الخلاف فی کونها من العقود الجائزه کالجعاله کما ذهب إلیه المبسوطان فلا یحتاج إلی قبول، أو اللازمه کالإجاره فیحتاج کما ذهب إلیه الحلیّ و اختاره المصنف .

و یستدل للقول بکونها جعاله بانه لا دلیل علی وجوب تعیین المسابق مضافا الی أنّ الخلاف لیس فیه مطلقا ففی المبسوط «إذا تسابقا أو تناصلا و أخرج کلّ واحد منهما سبقا و أدخلا بینهما محلّلا فهل ذلک من العقود الجائزه أو اللازمه؟ فمن قال من العقود اللازمه، قال لزم، و یلزم الوفاء به، و متی أراد أحدهما أن یخرج منه نفسه بعد التلبس بالمناضله أو قبل التلبس و بعد العقد، لم یکن له ذلک و من قال من الجائزه، قال هو کالجعاله و أیهما أراد إخراج نفسه من السباق، کان له ذلک»(۱).

أقول: لو توافق اثنان علی السباق لامعنی لکون هذا التعاقد من الجعاله وکونه من العقود لا یتنافی مع وقوع الجعاله فیه و یشهد لصحه الجعاله فیه موثق محمّد بن یحیی، عن غیاث بن إبراهیم، عن الصّادق، عن أبیه علیهما السّلام، عن علیّ بن الحسین علیهما السّلام: «أنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله أجری الخیل و جعل سبقها

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۶، ص: ۳۰۰

أواقی من فضّه»(۱) و ظاهره أنّه جعل السبق لمن سبق عموما، و محمّد بن یحیی فی سنده هو الخزّاز لا العطّار شیخ الکلینی، فان الکلینی بنی سنده علی سند الخبر السابق علیه و هو: «علیّ بن إبراهیم، عن أبیه، عن محمّد بن یحیی، عن طلحه بن زید، عنه (علیه السلام) » لکنّه غفل عن فصل خبر عبد اللّه بن سنان الذی لم یقع الخزّاز فیه، فالخبر لیس بمرسل کما توهّم .

و مثله موثق الحسین بن علوان عن جعفر، عن أبیه علیهما السّلام: «أنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله سابق بین الخیل و أعطی السوابق من عنده»(۲).

کما و ان الاقوی انها عقد لازم و ذلک لاصاله اللزوم فی مطلق العقود کما تقدم.

هذا و یتحقق الایجاب و القبول فیها بکل ما یدل علیهما و ذلک لإطلاق دلیل المشروعیه.

(و تعیین العوض)

و هو المال الذی یبذل للسابق منهما قدرا و جنسا و وصفا فالتعیین شرط صحه العقد و ذلک للغرر کما تقدم فی کتاب الاجاره الاستدلال له.

و فی التذکره أن تعیین العوض لیس بشرط و إنما المعتبر تعیینه لو شرط وقد یستدل له بظاهر خبر طلحه بن زید «عن الصّادق (علیه السلام) فی إجراء النّبیّ صلّی اللّه

۱- الکافی (فی باب فضل ارتباط الخیل، ۲۲ من أبواب جهاده)

۲- قرب الإسناد (ط - الحدیثه) ص: ۸۷ح ۲۹۰

عليه و آله الخيل و سبقها من ثلاث نخلات فأعطى السابق عذقا، و أعطى المصلّى عذقا، و أعطى الثالث عذقا»(1).

و فيه: ان الخبر لا علاقه له بعقد السبق و انما هو من موارد الجعاله كما تقدم انفا.

(و يجوز كونه منهما معا)

و من أحدهما و فائدته حينئذ أن الباذل إن كان هو السابق أحرز ماله و إن كان غيره أحرزه .

(و من بيت المال)

لأنه معد للمصالح و هذا منها لما فيه من البعث على التمرن على العمل المترتب عليه إقامه نظام الجهاد .

(و من أجنبى)

سواء كان الإمام أم غيره و على كل تقدير فيجوز كونه عينا و دينا حالا و مؤجلا .

و اما جواز ان يكون السبق من أجنبى أو بيت المال أو المتراهنين فلإطلاق دليل المشروعيه.

(و لا يشترط المحلل)

۱- الكافى (فى الرّابع من أخبار باب فضل ارتباط خيله، ۲۲ من جهاده)

و هو الـذى يـدخل بين المتراهنين بالشـرط فى عقـده فيتسـابق معهما من غير عوض يبـذله ليعتبر السابق منهما , ثم إن سـبق أخذ العوض و إن لم يسـبق لم يغرم و هو بينهما كالأمين و إنما لم يشترط تمسّـكا باطلاق دليل المشروعيه و تناول ما دل على الجواز للعقد الخالى منه و للاصل.

قال فى المختلف السـبق إن كان من ثالث أو من أحـدهما جاز و إن لم يدخل المحلّل إجماعا فإن أخرج كلّ منهما سـبقا و قالا: من سبق فله العوضان، قال ابن الجنيد: لم يصحّ إلّا بالمحلّل، و روى أبو هريره «عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله من أدخل فرسا بين فرسـين و قـد أمن أن يسـبق فهو قمـار، و من أدخـل فرسا بين فرسـين و هو لا يؤمن أن يسـبق فليس بقمار» و إذا كان مع أمن أن يسـبق يكون قمـارا فمع عـدمه أولى و قـال: و اشترط أيضا المحلّل فى النضال. و قال فى المبسوط «عنـدى أنّه لا يمنع جوازه لأنّ الأصـل الإبـاحه و الرّوايه عنـدنا ضـعيفه». قلت: و أصـل المحلّـل لم يرد فى أخبارنـا بـل فى أخبـار العامّه كما فى خبر أبى هريره المتقدم. و لم يظهر لابن الجنيد دليل فى المقام .

حصيله البحث:

و لا بـدّ فى المسابقه من إيجابٍ و قبولٍ بكل ما يـدل عليهما و تعيين العوض الـذى يبـذل للسابق منهما قـدرا و جنسا و وصـفا، و يجوز كونه منهمـا معاً و من بيت المـال و من أجنبىٍّ، و لا يشترط المحلّل و هو الـذى يـدخل بين المتراهنين بالشـرط فى عقـده فيتسابق معهما من غير عوض يبذله ليعتبر السابق منهما .

ص:٣٥٣

و يشترط فی السبق تقدير المسافه

(و يشترط فی السبق تقدير المسافه ابتداءً و غايهً)

لئلاـ يلزم الغرر و لئلاـ يؤدى إلى التنـازع و لاختلاـف الأـغراض فی ذلـک اختلافـا ظاهرا لأن من الخيل ما يكون سـريعا فی أول عدوه دون آخره فصاحبه يطلب قصر المسافه و منها ما هو بالعكس فينعكس الامر .

(و تقدير الخطر) و هو العوض وقد تقدم ذكره فلا وجه للتكرار .

(و تعيين ما يسابق عليه)

بالمشاهده قيل: و لا يكفى الإطلاق و لا التعيين بالوصف لاختلاف الأغراض بذلک كثيرا فيلزم الغرر .

(و احتمال السبق فی المعينين) بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه .

(فلو علم قصور أحدهما بطل)

لانتفاء الفائده حينئذ لأن الغرض منه اسـتعلام السابق, و لا يقدح رجحان سبق أحدهما إذا أمكن سبق الآخر لحصول الغرض معه .

(و أن يجعل السبق) بفتح الباء و هو العوض (لأحدهما) اذا سبق لا مطلقا (أو للمحلل إن سبق لا لأجنبى)

ص:۳۵۴

لا- دليل لعدم جواز جعله لأجنبى و الاصل جوازه و تعليله «بمنافاه ذلك للغرض الأقصى من شرعيّته و هو الحثّ على السبق و التمرّن عليه» كما ترى فيمكن أن يكون فى الأجنبى فضل يطيبون نفسا بكون السبق له فكأنّهم أعطوه من مالهم فالغرض يحصل إذا كان برضاهم جميعا.

و لا يشترط التساوى فى الموقف

(و لا يشترط التساوى فى الموقف)

للأصل و حصول الغرض مع تعيين المبدأ و الغايه, و قيل يشترط لانتفاء معرفه جوده عدو الفرس و فروسيه الفارس مع عدم التساوى لأن عدم السبق قد يكون مستندا إليه فيخل بمقصوده و مثله إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى.

(و السابق هو الذى يتقدم على الآخر بالعنق)

و لا دليل عليه بل العبره فى تحقق السبق على الصدق العرفى او ما تعاقدا عليه, هذا و يطلق على السابق المجلى .

(و المصلى هو الذى يحاذى رأسه صلوى السابق و هما العظمان النابتان عن يمين الذنب و شماله)

و التالى هو الثالث و البارع الرابع و المرتاح الخامس و الحظى السادس و العاطف السابع و المؤمل مبنيا للفاعل الثامن و اللطيم بفتح أوله و كسر ثانيه التاسع و

السکیت بضم السین ففتح الکاف العاشر و الفسکل بکسر الفاء فسکون السین فکسر الکاف أو بضمهما کقنفذ الأخیر, و تظهر الفائده فیما لو شرط للمجلی مالا و للمصلی أقل منه و هکذا إلی العاشر.

حصیله البحث:

و یشترط فی السّبق تقدیر المسافه ابتداءً و غایهً و تقدیر الخطر و تعیین ما یسابق علیه و احتمال السّبق فی المعیّنین. فلو علم قصور أحدهما بطل، و أن یجعل السّبق لأحدهما أو للمحلّل إن سبق , قیل: لا لأجنبیٍّ. قلت: الاقوی جوازه , و لا یشترط التّساوی فی الموقف، و السّابق هو الّذی یتقدّم علی الآخر بالعنق، و المصلّی هو الّذی یحاذی رأسه صلوی السّابق و هما العظمان النّابتان عن یمین الذّنب و شماله.

و یشترط فی الرمی معرفه الرشق و عدد الإصابه و صفتها

(و یشترط فی الرمی معرفه الرشق)

بفتح الراء(1) و هو عدد الرمی الذی یتفقان علیه کعشرین و قال فی المبسوط «و لیس للرّشق عدد معلوم عند الفقهاء و عند أهل اللّغه عباره عمّا بین عشرین إلی ثلاثین».

۱- والرّشق بالکسر بمعنی آخر ففی الصّحاح: «رشقته بالنبل رشقا، و الرّشق- بالکسر الاسم و هو الوجه من الرّمی فإذا رمی القوم بأجمعهم فی جهه واحده قالوا: رمینا رشقا».

(و عدد الإصابه) كعشره منها (و صفتها من المارق) و هو الذی يخرج من الغرض نافذا و يقع من ورائه (و الخاسق) بالمعجمه و المهمله و هو الذی يثقب الغرض و يقف فيه (و الخازق) بالمعجمه و الزای و هو ما خدشه و لم يثقبه , و قيل ثقبه و لم يثبت فيه (و الخاصل) بالخاء المعجمه و الصاد المهمله و هو يطلق على القارع و هو ما أصاب الغرض و لم يؤثر فيه , و على الخازق و على الخاسق و قد عرفتهما و على المصيب له كيف كان (و غيرها) من الأوصاف كالخاصر و هو ما أصاب أحد جانبيه و الخارم و هو الذی يخرم حاشيته و الحابی و هو الواقع دونه ثم يحبو إليه مأخوذ من حبو الصبی و يقال على ما وقع بين يدی الغرض ثم وثب إليه فأصابه و هو المزدلف , و القارع و هو الذی يصيبه بلا خدش.

قال الشهيد الثانی: «و مقتضى اشتراط المصنف تعيين الصفه بطلان العقد بدونه و هو أحد القولين لاختلاف النوع الموجب للغرر و قيل يحمل على أخير ما ذكره بمعناه الأخير و هو الأقوى لأنه القدر المشترك بين الجميع فيحمل الإطلاق عليه و لأصاله البراءه من وجوب التعيين و لأن اسم الإصابه واقع على الجميع فيكفی اشتراطه و لا غرر حيث يعلم من الإطلاق الدلاله على المشترك»(۱).

(و قدر المسافه)

إما بالمشاهده أو بالتقدير كمائه ذراع لاختلاف الإصابه بالقرب و البعد .

ص:۳۵۷

۱- الروضه البهيه فی شرح اللمعه الدمشقيه (المحشی - سلطان العلماء) ج ۲، ص: ۳۳

(و) قدر (الغرض)

و هو ما يقصد إصابته من قرطاس أو جلد أو غيرهما لاختلافه بالسعه و الضيق .

(و السبق)

و هو العوض وفى المبسوط «قال ابن الأعرابىّ: السبق و الخطر و العذب و القرع و الوجبه، عباره عن المال المخرج» و فيه: السبق هنا كالثمن فى البيع.

(و تماثل جنس الآله)

أى نوعها الخاص كالقوس العربى أو المنسوب إلى وضع خاص لاختلاف الرمى باختلافها و شمل إطلاق الآله القوس و السهم و غيرهما.

هذا و قال فى المبسوط: «يتعيّن فى المسابقه شخص الفرس و أمّا فى النضال فلا يحتاج إلى تعيين القوس و إن عيّنها لم يتعيّن و متى انكسرت كان له أن يستبدل».

وقيل: «لا يشترط تعيين السهم لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمى- بخلاف القوس. ولو لم يعين جنس الآله انصرف إلى الأغلب عاده لأنه جار مجرى التقييد لفظا . ولو لم يكن هناك انصراف فسد العقد للغرر» قلت: الملاك اذن الغرر وعدمه.

(لا شخصها) لعدم الفائده بعد تعيين النوع.

ص:٣٥٨

و لا يشترط المبادره و لا المحاطه

(و لا يشترط) تعيين (المبادره)

و هی اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلی إصابه عدد معین من مقدار رشق معین مع تساویهما فی الرشق کخمسه من عشرین.

و فی المبسوط «قال قوم: شرط، و قال آخرون: لیس بشرط» (و لا المحاطه) و هی اشتراط استحقاقه لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم بعد مقابله إصابات أحدهما بإصابات الآخر و طرح ما اشترکا فیه.

(و یحتمل الإطلاق علی المحاطه)

و قیل: یحمل علی المبادره لأنّه المتبادر من إطلاق السبق لمن أصاب عددا معیّنا.

أقول: و حیث لا نص فیها یحمل کلّ ذلک علی فهم العرف و الظّاهر ما قاله المصنّف .

(فاذا تمّ النضال ملک الناضل العوض)

کما أنّ فی السبق یملک السابق بعد تمامه العوض و کذلک صاحباه علی حسب الشّرط .

و قال: فی المبسوط «فإذا تمّ النضال بینهما سواء قیل إنّه جائز أو لازم فقد استحقّ السبق بذلک» .

ص:۳۵۹

قلت: هذا صحيح على القول باللزوم واما لو قلنا بالجواز فله الفسخ.

(و إذا نضل أحدهما صاحبه) بشى ء (فصالحه على ترك النضل لم يصح)

و استدل له بأنه مفوت للغرض من المناضله أو مخالف لوضعها قلت: ذلك إذا كان ابتداء و أمّا انتهاء فلا , مضافا الى عموم الامر بالوفاء بالعقود.

حكم تبين استحقاق العوض المعين

(و لو ظهر استحقاق العوض المعين) فى العقد (وجب على الباذل مثله أو قيمته)

و استدل لذلك بأنهما أقرب إلى ما وقع التراضى عليه من العوض الفاسد كالصداق إذا ظهر فساده. و اجاب الشهيد الثانى عنه: «بأن استحقاق العوض المعين يقتضى فساد المعامله كنظائره , و ذلك يوجب الرجوع إلى أجره المثل لا العوض الآخر. نعم لو زادت أجره المثل عن مثل المعين أو قيمته اتجه سقوط الزائد لدخوله على عدمه» قلت: و هذا هو الأقوى .

و المراد بأجره المثل هنا ما يبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له عاده فإن لم تستقر العاده على شى ء قيل: بالرجوع إلى الصلح . و فيه: ان الرجوع الى الصلح لم يرد فى دليل, و لو ورد فهو اختيارى لا ـ قهرى و الصحيح هو الاخذ بالمتيقن لجريان البراءه فى الزائد.

حصيله البحث:

يشترط فی الرّمی معرفه الرّشق كعشرين و عدد الإصابه و صفتها من المارق و الخاسق و الخازق و الخاصل و غيرها و قدر المسافه و الغرض و السّبق و تماثل جنس الآله لا شخصها, و لا يشترط المبادره و لا المحاطّه، و يحمل المطلق على المحاطّه. فإذا أتمّ النّضال ملك النّاضل العوض، و إذا نضل أحدهما صاحبه فصالحه على ترك النضل صحّ، و لو ظهر استحقاق العوض وجبت أجره المثل لا العوض الآخر. نعم لو زادت أجره المثل عن مثل المعين أو قيمته اتجه سقوط الزائد .

(كتاب الجعاله)

اشاره

الجعاله: بكسر الجيم و قد تضم (و هی صيغه) إنشاء تتضمن الالتزام بعوض على عمل.

و (ثمرتها تحصيل المنفعه بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما)

أی و لو مع جهاله العمل و العوض مثل «من رد عبدی فله نصفه» مع الجهاله به و بمكانه لاطلاق دليل مشروعيتها كما هو مقتضى اطلاق صحيحه على بن جعفر الاتيه فان ما يتطلبه ردّ الآبق و الضاله غير محدد، و مقدار الجعل لم تفترض معلوميته و مع ذلك نفى (عليه السلام) البأس من دون تفصيل.

و بهذا تتميز عن الإجاره على تحصيل منفعه معينه لأن تعيين العوض شرط فی الإجاره.

ص:۳۶۱

هـذا و فی الاجـاره یسـتحق الاـجیر الاجره بمجرد العقـد و تنشـغل ذمته بالعمل للمسـتأجر بمجرد ذلک بخلافه فی الجعاله فانه لا تنشغل ذمه الجاعل بالجعل بمجرد الایجاب بل بعد العمل، کما لا تنشغل ذمه العامل بالعمل للجاعل بمجرد ذلک.

هـذا و قـد یقال باعتبار ان لا یکون الجهل بالعوضـین بشـکل کامل لان التعامل مع الجهل بالعوض بشـکل کامل لیس عقلائیا، و ادله امضاء المعاملات منصرفه عن التعامل غیر العقلائی.

و انه لم یحرز شـمول ادله الجعاله لحاله الجهل الکامل، و معه یلزم التمسک باستصـحاب عـدم ترتب الاثر عند الشک فی ثبوت الامضاء.

و فیه: انه لافرق بین مراتب الجهاله وکلها داخله تحت عنوان الغرر والّا فالجهاله لاموضوعیه لها والظاهر من صـحیح حفص صحه الجعاله مطلقا وعلیه فلا تصل النوبه الی الاصل العملی.

هذا ولا شک فی مشروعیتها کما یشهد لها قوله تعالی: {وَ لِمَنْ جٰاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِیرٍ}(۱) بعد ضم استصحاب حکم الشریعه السابقه عند الشک فی نسخه , وان کان الصحیح دلاله الآیه المبارکه بلا حاجه الی ضمیمه الاستصحاب کما حققناه فی علم الاصول.

۱- یوسف: ۷۲

مضافا الی صحیحه علی بن جعفر عن اخیه ابی الحسن (علیه السلام): «سألته عن جعل الآبق و الضاله، قال: لا بأس به»(۱) فان المقصود السؤال عن الجعاله علی ردّ الآبق و الضاله.

و السیره العقلائیه، فانها انعقدت علی کون طلب العمل سببا من اسباب الضمان، فمن طلب من غیره تعمیر داره او حمل متاعه فی سیارته کان ذلک سببا للضمان اما باجره المثل ان لم تقرر اجره معینه او بما قرر ان فرض ذلک، و حیث ان السیره المذکوره لا یحتمل حدوثها بعد عصر المعصومین علیهم السّلام و لم یصدر ردع عنها فیستکشف امضاؤها.

(و یجوز علی کل عمل محلّل)

غیر واجب علی العامل کالصلاه کما تقدم فی المکاسب المحرمه, کما و لا تصح علی الأعمال المحرمه کالزنا کما تقدم.

(مقصود للعقلاء)

فلا تصح علی ما لا غایه له معتد بها عقلائیاً کنزف ماء البئر و الذهاب لیلا إلی بعض المواضع الخطیره و نحوهما مما یقصده العابثون نعم لو کان الغرض به التمرن علی الشجاعه و أضعاف الوهم و نحوه من الأغراض المقصوده للعقلاء صح .

۱- وسائل الشیعه ۱۶: ۱۳۶ الباب ۱ من أبواب الجعاله الحدیث ۱

و یشهد لذلک ما فی صحیح محمّد بن قیس، عن الباقر (علیه السلام) قال: «قضی أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی رجل أکل و أصحاب له شاه فقال: إن أکلتموها فهی لکم و إن لم تأکلوها فعلیکم کذا و کذا، فقضی فیه أنّ ذلک باطل لا شی ء فی المؤاکله من الطعام ما قلّ منه و ما کثر و منع غرامه فیه»(۱). فقد دلت هذه الصحیحه علی بطلان هذه الجعاله و منع حصول غرامه فیها علی الخاسر بعد بطلانها شرعاً.

حقیقه الجعاله

و ترجع فی حقیقتها الی کونها ایقاعا عاما یتحقق بمجرد الایجاب .

(و لا یفتقر الی قبول لفظی)

بل یکفی فعل مطلق الاستدعاء به, والدلیل علی انها ایقاع لا تحتاج الی قبول ان الجاعل بایجابه للجعاله لا یتصرف فی سلطان الغیر لیحتاج الی قبوله, مضافا الی السیره العقلائیه فانها قاضیه بعدم الحاجه الی القبول.

(و لا) تفتقر (إلی مخاطبه شخص معیّن)

أقول: الصحیح أنّ الجعاله موضوعها الجعل لکلّ من أتی بعمل و أمّا من أمر شخصا بعمل فإنّ عیّن له شیئا یکون أجیره بذلک الشی ء و إلّا یکون له أجره المثل کمن سکن فی دار غیره بدون تعیین اجره.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۷، ص: ۴۲۸ ح ۱۱

و یشهد لصحه کون الایجاب عاما اطلاق صحیحه علی بن جعفر المتقدمه و السیره العقلائیه.

و قد یستدل لصحه کون الایجاب خاصا بصحیحه عبد اللّه بن سنان: «سمعت ابی یسأل ابا عبد اللّه (علیه السلام) و أنا اسمع فقال: ربما امرنا الرجل فیشتری لنا الارض و الدار و الغلام و الجاریه و نجعل له جعلا، قال: لا بأس»(۱) فانه لیس المقصود ندفع له بعد ذلک لا بعنوان الجعاله و الّا لقیل: نعطیه، بل المقصود نقرر له ذلک من البدایه بعنوان الجعاله . وفیه: انه علی الاجاره ادل فانه لو عین له العوض کان اجاره و الّا تعینت اجره المثل و لا دلاله له علی الجعاله بوجه.

و علیه فلا یکون ایجابها خاصاً بل عاماً (فلو قال من رد عبدی أو خاط ثوبی) بصیغه العموم (فله کذا صح أو فله مال أو شی ء) و نحوهما من العوض المجهول (صح إذ العلم بالعوض غیر شرط فی تحقّق الجعاله و انما هو شرط فی تشخّصه و تعیّنه فإن أراد ذلک) التعیین (فلیذکر جنسه و قدره و إلّا) یذکره أو ذکره و لم یعینه (تثبت بالرد أجره المثل)

عند المصنف لخروجه عن الجعاله و صیرورته اجاره فاسده لعدم معلومیه العوض فیها و تثبت بالرد أجره المثل لقاعده احترام عمل المسلم الّا اذا کان عالما بالفساد فلا تشمله القاعده لانه اسقط احترام عمله باقدامه علی عمل باطل یعلم ببطلانه.

۱- وسائل الشیعه ۱۶: ۱۳۸ الباب ۴ من أبواب الجعاله الحدیث ۱

و فیه: ان ثبوت أجره المثل یتنافی مع قوله صح و علیه لو قلنا بصحه الجعاله مع العوض المجهول کما ادعی علیه الاجماع(1) فاللازم ان یعطیه ما یصدق علیه ذلک و هو الاقوی .

حصیله البحث:

الجعاله صیغهٌ ثمرتها تحصیل المنفعه بعوضٍ مع عدم اشتراط العلم فیهما، و تجوز علی کلّ عملٍ محلّلٍ مقصودٍ، غیر واجبٍ علی العامل و لا تفتقر إلی قبولٍ و تتقوم بعدم مخاطبه شخصٍ معیّنٍ و الّا کانت اجاره, فلو قال: من ردّ عبدی أو خاط ثوبی فله کذا، صحّ، أو فله مالٌ أو شی ءٌ، صحّ و لزمه ما یصدق علیه اللفظ .

و یشترط فی الجاعل الکمال

(و یشترط فی الجاعل الکمال)

بالبلوغ و العقل لمحجوریه الصبی والمجنون .

(و عدم الحجر)

بالسفه مثلاً- لأنه یعتبر فی باذل المال رفع الحجر عنه بخلاف العامل فإنه یستحق الجعل و إن کان صبیا ممیزا بغیر إذن ولیه لاحترام عمله بدلیل سیره العقلاء .

۱- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی - کلانتر)؛ ج ۴، ص: ۴۴۰

(و لو عين الجعاله لواحد)

قلت: قد تقدم أنّ الصحيح فى الجعاله التعميم فإن عيّن الجعاله لواحد يكون كالأجير له.

(و)كيف كان فلو (رد غيره فهو متبرع بالعمل لا شى ء له)

اى للمتبرع و لا للمعين لعدم الفعل.

(و لو شارك المعين فان قصد التبرّع عليه فالجميع للمعين) لوقوع الفعل بأجمعه له (و إلّا) يقصد التبرع عليه بأن أطلق أو قصد العمل لنفسه أو التبرع على المالك (فالنصف)

للمعين خاصه لحصوله بفعلين أحدهما مجعول له و الآخر متبرع به فيستحق النصف بناء على قسمه العوض على الرؤوس, و الأقوى بسطه على عملهما فيستحق المعين بنسبه عمله قصر عن النصف أم زاد و هو خيره المصنف فى الدروس و مثله ما لو عمل معه المالك.

و لا شى ء للمتبرع

(و لا شى ء للمتبرع) لكن ظاهر المفيد إثبات حقّ له كما سيأتى.

ص:٣٦٧

و تجوز الجعاله من الأجنبی

(و تجوز الجعاله من الأجنبی)

لأنّ النّاس مسلّطون علی أموالهم و أنفسهم, فیلزمه المال دون المالک إن لم یأمره به و لو جعله من مال المالک بغیر إذنه فهو فضولی.

(و یجب علیه الجعل مع العمل المشروط)

ظاهر العباره انه یجب علی الأجنبیّ بذل الجعاله اذا اتی المجعول له بالعمل المشروط بالجعل کما هو واضح.

حصیله البحث:

یشترط فی الجاعل الکمال و عدم الحجر. و لو عیّن الجعاله لفریق کالفقراء او طلاب مدرسه معینه و ردّ غیر من عین فهو متبرّعٌ لا شی ء له، و لو شارک المعیّن فإن قصد التّبرّع علیه فالجمیع للمعیّن و إلّا فالنّصف و لا شی ء للمتبرّع، و تجوز الجعاله من الأجنبیّ و یجب علیه الجعل مع العمل المشروط .

ص:۳۶۸

و هی جائزه من طرف العامل مطلقا

(و هی جائزه من طرف العامل مطلقا)

قبل التلبس بالعمل و بعده فله الرجوع متی شاء و لا یستحق شیئا لما حصل منه من العمل قبل اتمامه مطلقا لعدم الدلیل علی الاستحقاق قبل ذلک.

کما و انه اذا اتی ببعضه و اراد التوقف لا یستحق شیئا وذلک لان الجعل قد جعل علی اتمام العمل حسب الفرض.

(و أما الجاعل فجائزه قبل التلبس) بالعمل لعدم الدلیل علی اللزوم .

(و أما بعده فجائزه بالنسبه إلی ما بقی من العمل)

فإذا فسخ فیه انتفی عنه بنسبته من العوض .

(أما الماضی فعلیه أجرته)

و لا یجوز الفسخ لما مضی کما هو مقتضی السیره العقلائیه المتقدمه, ففی المبسوط: «الجعاله قبل الشروع جائزه من الطرفین و متی تلبّس بها لم یکن للجاعل الرّجوع إلّا أن یبذل اجره ما قد عمل». وثبوت العوض بعد العمل لا ینافی کونها من العقود الجائزه کما أنها بعد تمام العمل یلزمها جمیع العوض.

ص:۳۶۹

و لو رجع و لم يعلم العامل

(و لو رجع) المالک فيها قبل العمل أو فی أثنائه (و لم يعلم العامل رجوعه فله کمال الأجره)

کما تقتضيه القاعده من احترام عمل المسلم , قال الإسکافی: «لو جعل عامّا کمن جاء بالآبق فخرج النّاس عند عمومهم بما جعل من الجعل فأشهد المولی علی نفسه بأنّه قد فسخ ما کان جعله لم ينفسخ ذلک» .

(و لو علم فی الأثناء فله بنسبه ما سلف) قبل العلم کما تقدم انفاً.

و لو أوقع المالک صيغتين عمل بالأخيره

(و لو أوقع المالک صيغتين) مختلفتين فی مقدار العوض أو فی بعض أوصافها (عمل بالأخيره إذا سمعهما العامل)

لأن الجعاله جائزه و الثانيه رجوع عن الأولی سواء زادت أم نقصت .

(و إلّا) يسمعهما (فالمعتبر ما سمع)

من الأولی و الأخيره, و لو سمع الثانيه بعد الشروع فی العمل فله من الأولی بنسبه ما عمل إلی الجميع و من الثانيه بنسبه الباقی .

ص:۳۷۰

و انما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود

(و انما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود فلو جاء به الى باب منزل المالک فهرب فلا شی ء للعامل)

لأنّ المنصرف من الردّ، الردّ إلى يده، بل يضمن إذا خلّاه كما فی معتبر السّكونیّ، عن الصّادق (عليه السلام) «أنّ أمير المؤمنين (عليه السلام) اختصم إليه فی رجل أخذ عبدا آبقا و كان معه ثمّ هرب منه، قال: يحلف باللّه الذی لا إله إلّا هو ما سلبه ثيابه و لا شيئا ممّا كان عليه و لا باعه و لا داهن فی إرساله فإذا حلف برء من الضمان»(1).

و لا يستحق الأجره إلا ببذل الجاعل

(و لا يستحق الأجره إلّا ببذل الجاعل)

أی استدعاؤه الرد سواء كان مع بذل عوض أم لا (فلو رد بغيره كان متبرعا) لا عوض له و ان لم يقصد التبرع .

قال الشهيد الثانی: «وكذا لو رد من لم يسمع الجعاله على قصد التبرع , و لو رد بنيه العوض مطلقا و كان ممن يدخل فی عموم الصيغه أو إطلاقها ففی استحقاقه قولان منشأهما فعله متعلق الجعل مطابقا لصدوره من المالک على وجه يشمله و أنه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع و قد وقع بإذن الجاعل فقد وجد

١- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۶، ص: ٢٠١ح٨

المقتضـی و المانع لیس إلّا عدم علمه بصدور الجعل و مثله یشک فی مانعیته لعدم الدلیل علیه فیعمل المقتضـی عمله ,, ومن أنه بالنسبه إلی اعتقاده متبرع إذ لا عبره بقصده من دون جعل المالک و عدم سماعه فی قوه عدمه عنده. و فصل ثالث ففرق بین من رد کـذلک عالمـا بـأن العمـل بـدون الجعل تبرع و إن قصـد العامل العوض و بین غیره لأن الأول متبرع محضا بخلاف الثانی و استقرب المصنف الأول و التفصیل متجه»(۱).

أقول: ان کـانت حقیقه الجعـاله انشـغال ذمه الجاعـل مطلقـا لمن قام بالعمل بمجرد ایقاعها عمت حتی الصوره الاولی و هو ما لو قصد العامل التبرع و الّا اختص بمن اتی بالعمل عن علم و قصد و فی غیر هذه الصوره فلا یستحق العامل شیئا و فی صوره الشک فی حقیقتها جرت اصاله البراءه فی حق الجاعل کما و یکفی عدم الدلیل علی الاستحقاق، فان السیره دلیل لبی یلزم الاقتصار فیه علی القدر المتیقن، و النصوص منصرفه عن مثل ذلک فالصحیح عدم ثبوت شیء فی کلا الصورتین.

و یؤید عدم استحقاق شـی ء مع عدم جعل ما فی الدّعائم، عن الصّادق (علیه السلام) «من أتی بآبق فطلب الجعل فلیس له شی ء إلّا أن یکون جعل له»(۲).

و «فی أصل جعفر بن محمّد بن شریح عن عبد اللّه بن طلحه، عن الصّادق (علیه السلام): «من أکل السّحت سبعه- إلی- و جعیله الأعرابی»(۳).

ص:۳۷۲

۱- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی - سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص: ۳۸

۲- دعائم الإسلام، ج ۲، ص: ۴۹۸ح۱۷۷۸

۳- الأصول السته عشر (ط - دار الحدیث)، ص: ۲۴۳ وفی نسخه اخری جعلیه .

لكن قال المفيد: «و إذا وجد الإنسان عبدا آبقا أو بعيرا شاردا كان له على ذلك جعل، إن كان وجده فی المصر فدينار قيمته عشره دراهم جياد، و إن كان وجده فی غير المصر فأربعه دنانير قيمتها أربعون دراهم جيادا، بذلك ثبت السنّه عن النّبیّ صلّى اللّه عليه و آله و إن كانت الضّاله غير العبد و البعير فليس فی جعل ردّها شی ء موظّف لكن يرجع فيه إلى عاده القوم فی ما يبذلونه لمن وجدها و نحو ذلك و إذا جعل صاحب الضالّه لمن ردّها جعلا فواجب عليه الخروج إليه منه على ما سمّاه من قدره و شرطه فيه على نفسه»(۱) و صرّح ابن حمزه فی العبد و البعير باستحقاق ما قال المفيد و إن لم يجعل المالك شيئا، و كلام الشيخ فی النهايه مجمل و محتمل لكلام المفيد.

قلت: و لا شاهد معتبر لهم كما سيأتی.

حصيله البحث:

الجعاله جائزهٌ من طرف العامل مطلقاً، و أمّا بالنسبه الى الجاعل فجائزهٌ قبل التّلبّس و أمّا بعده فجائزهٌ بالنّسبه إلى ما بقی من العمل أمّا الماضی فعليه أجرته، و لو رجع و لم يعلم العامل رجوعه فله كمال الأجره، و لو أوقع صيغتين عمل بالأخيره إذا سمعهما العامل و إلّا فالمعتبر ما سمع، و إنّما يستحقّ الجعل على الرّدّ بتسليم

۱- المقنعه (فی باب جعل الآبق)

المردود، فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا شى ء للعامل و لا يستحقّ الأجره إلّا ببذل الجاعل، فلو ردّ بغيره كان متبرّعاً, وكذا لو رد من لم يسمع الجعاله على قصد التبرع , بل و لو رد بنيه العوض مطلقا و كان ممن يدخل فى عموم الصيغه أو إطلاقها فلا يستحق ايضا ما لم يسمع الجعاله .

(مسائل)

حكم ما لو لم يعين جعلا

(كلما لم يعين جعل) إما لتركه أصلا بأن استدعى الرد و أطلق أو لذكره مبهماً (فأجره المثل)

عند المصنف و القاعده تقتضى المجانيه كأن قال ايها الناس ردوا علىّ ضالتى و اما لو طلب ذلك من احد معين كأن قال يا فلان رد على ضالتى فلا يدخل فى الجعاله و انما هو من مصاديق الاجاره كما تقدم و له اجره المثل.

(إلّا فى ردّ الآبق من المصر فدينار و فى رده من غيره أربعه، و البعير كذلك)

كما قال به القاضى و الحلىّ و فى «الخلاف» خصّ العبد بما قال دون البعير، و كلامه مجمل هل هو مع جعل مطلق أو بدون جعل، فقال: لم ينصّ أصحابنا على شى ء من جعل اللّقط و الضوال إلّا على إباق فإنّهم رووا أنّه إن ردّه من خارج البلد يستحقّ الأجره أربعين درهما قيمتها أربعه دنانير و إن كان من البلد فعشره دراهم

قیمتها دینار» و قد تقدم انفاً أنّ ذلک ظاهر المفید و لو لم یذکر جعل أصلا، و صرّح ابن حمزه فی العبد و البعیر باستحقاق ما قال المفید و إن لم یجعل المالک شیئا، و کلام الشیخ فی النهایه مجمل و محتمل لکلام المفید و یومئ إلیه ایضا کلام المبسوط فی مجی ء الرّوایه بدون جعل فقال: «قد روی أصحابنا فی من ردّ عبدا أربعین درهما قیمتها أربعه دنانیر و لم یفصّلوا و لم یذکروا فی غیره شیئا، و هذا علی جهه الأفضل لا الوجوب»(۱).

و قد یستدل له بما رواه التّهذیب بسند ضعیف عن مسمع بن عبد الملک کردین أبی سیّار، عن الصّادق (علیه السلام) «أنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله جعل فی جعل الآبق دینارا إذا أخذه فی مصر و إن أخذه فی غیر مصره فأربعه دنانیر»(۲) ناقلا له عن الکافی لکن فی الوافی «لم نجد الخبر فی الکافی» کمالا وجود له فی نسخنا من الکافی ایضا.

هذا و لم نقف فی البعیر علی خبر و لعلّ المفید حمل الآبق علی الأعمّ من العبد و البعیر و إن کان انصرافه إلی الأوّل .

و کیف کان فالخبر مضافا لضعفه لم یروه الصدوق و کذا الکافی بل روی ما یخالفه فروی معتبر غیاث بن إبراهیم، عن الصّادق (علیه السلام) «أنّ أمیر المؤمنین (علیه السلام)

۱- المبسوط فی فقه الإمامیه؛ ج ۳، ص: ۳۳۳

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۳۹۸ح۴۳

قال: فی جعل الآبق المسلم یردّ علی المسلم»(۱) ای ینبغی أن یرد الجعل علی المسلم لو أخذه منه أو لا یأخذه لو أعطاه. وحمله علی الاستحباب بقرینه صحیح حفص المتقدم من صحه الجعاله فی الابق .

حکم ما لو بذل جعلا فرده جماعه

(و لو بذل جعلا فرده جماعه، استحقوه بینهم بالسویّه)

کما هو مقتضی القاعده، و فی المختلف «المشهور أنّه إذا قال: من دخل داری فله دینار فدخلها جماعه استحقّ کلّ واحد منهم دینارا لصدوره عن کلّ واحد و لو قال: من ردّ عبدی فله دینار فردّه جماعه استحقّوا بأجمعهم دینارا واحدا لصدوره عن الجمیع لا عن کلّ واحد، و هو جیّد لکن یحتمل التساوی فیستحقّ الداخلون کلّهم دینارا واحدا لأنّه المبذول و العموم یقتضی التشریک لا الزّیاده علی المبذول».

قلت: الصواب التفصیل فی مراده هل أراد العموم الاستغراقی أو البدلی، ففی الأوّل کما قال المشهور و فی الثانی کما قال العلامه فی المختلف.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۰۰ح۵

و لو جعل لكل من ثلاثه جعلا مغايرا للآخرين

(و لو جعل لكل من الثلاثه جعلا مغايرا للآخرين)

كأن جعل لأحدهما دينارا و للآخر دينارين و للثالث ثلاثه و حيث كان جعله خاصا فلا يصح جعاله بل كان اجاره فاسده لعدم تحقق شروطها (فردوه) فلا شی ء لهم أصلا , و عند المصنف (فلكلٍ ثلث ما جعل له , و لو لم يسم لبعضهم) جعلا مخصوصا (فله أجره المثل) بناء على صحه الجعاله و لو لم تكن عامه و لكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له.

(و لو كانوا أزيد) من ثلاثه (فبالنسبه)

أى لو ردوه أجمع فلكل واحد بنسبه عمله إلى المجموع من أجره المسمى هذا اذا كانت الجعاله عامه والّا جاء فيها ما تقدم.

و لو اختلفا فی أصل الجعاله حلف المالک

(و لو اختلفا فی أصل الجعاله) كأن ادعی العامل الجعل و أنكره المالك و ادعی التبرع (حلف المالک) لأصاله عدم الجعل .

(و كذا) يحلف المالك لو اختلفا (فی تعيين الآبق)

مع اتفاقهما على الجعاله بأن قال المالك إن المردود ليس هو المجعول و ادعاه العامل لأصاله براءه ذمته من المال الذی يدعی العامل استحقاقه.

ص:٣٧٧

حصيله البحث:

لو لم يعيّن جعلا فلا شىء عليه, و لو بذل جعلًا فردّه جماعةٌ استحقّوه بينهم بالسّويّه، و لو جعل لكلٍّ من الثّلاثه جعلًا مغايراً فردّوه كان اجاره فان كانت واجده لشرائط الصحه فلكلٍّ ثلث ما جعل له، و لو كانوا أزيد فبالنّسبه .

و لو اختلفا فى السعى

(و لو اختلفا فى السعى بأن قال المالك حصل فى يدك قبل الجعل) و قال الراد بل بعده (حلف المالك أيضا للأصل) و هو براءه ذمته من الجعل .

(و فى قدر الجعل كذلك)

يحلف المالك لأصاله براءته من الزائد و لأن العامل مدع للزياده و المالك منكر (فيثبت للعامل) بيمين المالك (أقل الأمرين من اجره المثل و مما ادعاه الّا أن يزيد ما ادعاه المالك عن اجره المثل، و قال ابن نما: إذا حلف المالك على نفى ما ادعاه يثبت ما ادعاه و هو قوى كمال الإجاره)

قال فى المبسوطين: «إذا اختلفا فى القدر يحلف المالك و عليه اجره المثل» و تبعه القاضى، و قال فى المختلف بما قاله المصنّف أوّلا من ثبوت أقلّ الأمرين إلّا أن يزيد ما ادّعاه المالك عن اجره المثل فيكون عليه الزّائد عن اجره المثل.

ص:۳۷۸

أقول: حيث لا- نزاع فى اصل الجعاله كما و لانزاع على الاقل لانهما متفقان عليه و انما اختلافهما فى الزائد عليه فبيمين المالك تنتفى دعواه و يثبت الاقل و لا دليل للرجوع الى اقل الامرين منه و من اجره المثل او الى اجره المثل .

حصيله البحث:

لو اختلفا فى أصل الجعاله حلف المالك و كذا فى تعيين الآبق، و لو اختلفا فى السّعى بأن قال المالك: حصل فى يدك قبل الجعل، حلف أيضا للأصل. و كذلك فى قدر الجعل حلف المالك ايضا .

(كتاب الوصايا)

اشاره

(و فيه فصول)

الفصل الأول

اشاره

(الأول: الوصيه)

قال فى الصّحاح: «وصّيت الشّى ء بكذا: إذا وصلته به،... و قال أيضا: «أرض واصيه» متّصله النبات «و قد وصت الأرض» إذا اتّصل نبتها، و ربما قالوا: تواصى النبت إذا اتّصل و هو نبت واص».

أقول: إنّ كون «وصى يصى» مجرّدا بمعنى الاتّصال لا يستلزم كون «أوصى و وصّى» أيضا بمعناه، بل يكونان بمعنى العهد، قال القاموس «و أوصاه و وصّاه

توصیه عهد إلیه و الاسم الوصاءه و الوصایه و الوصیّه» و یدلّ علی ما قلنا من کون معناهما «العهد» الکتاب و السنّه أیضا قال تعالی {یُوصِیکُمُ اللّهُ فِی أَوْلاٰدِکُمْ لِلذَّکَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَیَیْنِ} و قال جلّ و علا {ذٰلِکُمْ وَصّٰاکُمْ بِهِ} و معناهما العهد قطعا و لا علاقه لهما بالوصل.

و فی خبر سلیمان بن جعفر، عن الصّادق (علیه السلام)، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: «من لم یحسن وصیّته عند الموت کان نقصا فی مروءته و عقله، قیل: یا رسول اللّه و کیف یوصی المیّت؟ قال: إذا حضرته وفاته و اجتمع النّاس إلیه قال «اللّهمّ فاطر السّماوات و الأرض عالم الغیب و الشهاده الرّحمن الرّحیم، إنّی أعهد إلیک فی دار الدّنیا أنّی أشهد أن لا إله إلّا أنت- إلی- و تصدیق هذه الوصیّه فی القرآن فی السوره الّتی یذکر فیها مریم فی قوله عزّ و جلّ {لاٰ یَمْلِکُونَ الشَّفٰاعَهَ إِلاّٰ مَنِ اتَّخَذَ عِنْدَ الرَّحْمٰنِ عَهْداً} فهذا عهد المیّت، و الوصیّه حقّ علی کلّ مسلم أن یحفظ هذه الوصیّه و یعلمها- الخبر»(۱).

و فی مهذّب القاضی «روی عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) ینبغی لمن أحسّ بالموت أن یعتمد عهده و یجدّد وصیّته»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷ ص: ۲ح۱

۲- المهذب (لابن البراج)ج۲ص۱۰۴

حقیقه الوصیه

(تملیک عین أو منفعه أو تسلیط علی تصرّف بعد الوفاه)

حقیقه الوصیه: هی إنشاء یتضمن تملیکا او عهدا بتصرف معین بعد الوفاه.

فهی اذن علی قسمین: تملیکیه و عهدیه.

الاولی: هی ما تضمنت إنشاء ملکیه عین او اختصاص حق بعد الوفاه- کالوصیه بکون قسم من المال لشخص معین او لجهه معینه کالفقراء- و ارکانها ثلاثه: الموصی، و الموصی به، و الموصی له.

الثانیه: هی ما تضمنت العهد بتولی تصرف معین بعد الوفاه، کالوصیه بتملیک شخص او جهه مقدارا من المال او الوصیه بالدفن فی مکان معین او بولایه شخص علی الاطفال القاصرین او بالتصرف فی المال ببناء مسجد به او حسینیه و ما شاکل ذلک. و ارکانها ثلاثه أیضا: الموصی، و الوصی، و الموصی به. و مع تعلق الموصی به بالغیر- کالوصیه بتملیک الوصی مقدارا من المال لشخص- تکون اطرافها اربعه باضافه الموصی له.

و قد اورد الشهید الثانی علی تعریف المصنف للوصیه التملیکیه بقوله «انه ینتقض بالوصیّه بالعتق، فإنّه فکّ ملک و التدبیر فإنّه وصیّه به عند الأکثر و الوصیّه بإبراء المدیون و بوقف المسجد فإنّه فکّ ملک أیضا، و بالوصیّه بالمضاربه و المساقاه

فإنّهما و إن أفادا ملك العامل الحصّه من الرّبح و الثمره على تقدير ظهورهما، إلّا أن حقيقتهما ليست كذلك و قد لا يحصل ربح و لا ثمره فينتفى التمليک».

قلت: انتقاضه إنّما هو لو أردنا إدخالها فى التمليک المحض والصحيح ان حقيقتها هو التسليط وقد يكون متعلقه التمليک وقد لا يكون. و التدبير و إن كان وصيّه إلّا أنّه عنوان مستقل و له كتاب مستقل و عرفه المصنّف ثمّه بأنّه تعليق عتق عبده بوفاته و لا يضرّ خروجه من الوصيّه بالمره.

و مشروعيتها من ضروريات الدين. و يدل على ذلک قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوٰالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ* فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّٰهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ}(۱).

و موردها و ان كان خاصا بالوصيه للوالدين و الاقربين الا ان فقره: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ} تدل على امضاء مطلق الوصيه للاستشهاد بها فى بعض الروايات على نفوذ مطلق الوصيه، ففى صحيحه محمد بن مسلم: «سألت ابا جعفر (عليه السلام) عن الرجل اوصى بماله فى سبيل اللّه قال: اعطه لمن اوصى له به و ان كان يهوديا او نصرانيا ان اللّه عز و جل يقول: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ}(۲).

ص:۳۸۲

۱- البقره: ۱۸۰- ۱۸۱

۲- وسائل الشيعه ۱۳: ۴۱۱ الباب ۳۲ من أبواب أحكام الوصايا الحديث ۱

و قال تعالی: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ ...}(۱) {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ}(۲).

و تدل علی المشروعیه أیضا السیره القطعیه بین المتشرعه المتصله بزمن المعصوم (علیه السلام) , واطلاق الآیه الکریمه الاولی و السیره القطعیهیقتضیان مشروعیتها بکلا قسمیها.

و اما استحباب مطلق الوصیه فیدل علی ذلک النصوص المستفیضه منها قوله (علیه السلام): «ما ینبغی لامرئ مسلم ان یبیت لیله الّا و وصیته تحت رأسه»(۳)و «من مات بغیر وصیه مات میته جاهلیه»(۴).

و فی وصیه النبی صلّی اللّه علیه و آله لأمیر المؤمنین (علیه السلام): «یا علی أوصیک بوصیه فاحفظها فلا تزال بخیر ما حفظت وصیتی ... یا علی من لم یحسن وصیته عند موته کان نقصا فی مروته و لم یملک الشفاعه»(۵).

۱- المائده: ۱۰۶

۲- النساء: ۱۱- ۱۲

۳- وسائل الشیعه ۱۳: ۳۵۲ الباب ۱ من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۷

۴- وسائل الشیعه ۱۳: ۳۵۲ الباب ۱ من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۸

۵- وسائل الشیعه ۱۳: ۳۵۷ الباب ۶ من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۲

حصيله البحث:

حقيقه الوصـيه: هى إنشاء يتضـمن تمليكا او عهدا بتصرف معين بعد الوفاه, فهى على قسمين: تمليكيه و عهديه, و هى مستحبه و قد تكون بنحو الوجوب احيانا كما سيأتى.

و إيجابها أوصيت لفلان بكذا

(و إيجابها أوصيت لفلان بكذا أو افعلوا كذا بعد وفاتى)

هـذا القيـد يحتاج إليه فى الصـيغه الثانيه خاصه لأنها أعم مما بعد الوفاه أما الأولى فمقتضاها كون ذلك بعد الوفاه (أو لفلان بعد وفاتى كذا) و نحو ذلك من الألفاظ الداله على المعنى المطلوب .

(و القبول الرضا) بما دل عليه الإيجاب .

و يرى المصـنف انها من العقود الجايزه كما يستفاد ذلك من عبارته من حيث افتقارها إلى الإيجاب و القبول , و من حيث جواز رجوع الموصـى مـا دام حيا و الموصى له كـذلك ما لم يقبل بعـد الوفاه (سواء تأخر) القبول عن الإيجاب (أو قارن , ما لم يرد) الوصـيه قبل ذلك (فإن رد) حينئـذ لم يؤثر القبول لبطلان الإيجاب برده نعم لو رده (فى حياه الموصـى جاز القبول بعد وفاته) إذ لا اعتبار برده السابق حيث إن الملك لا يمكن تحققه حال الحياه و المتأخر لم يقع بعد.

ص:۳۸۴

(و ان ردّ بعد الوفاه قبل القبول بطلت و ان قبض اتّفاقا)

إذ لا أثر للقبض من دون القبول .

(و ان رد بعد القبول لم تبطل و ان لم يقبض، على أجود القولين) عند المصنف. قال الشهيد الثانى: «لحصول الملک بالقبول فلا يبطله الرد کرد غيره من العقود المملکه بعد تحققه فإن زوال الملک بعد ثبوته يتوقف على وجود السبب الناقل و لم يتحقق و الأصل عدمه, و قيل يصح الرد بناء على أن القبض شرط فى صحه الملک کالهبه فتبطل بالرد قبله, و يضعف ببطلان القياس و ثبوت حکمها بأمر خارج لا يقتضى المشارکه بمجرده و أصاله عدم الزوال بذلک و استصحاب حکم الملک ثابت»(1).

أقول: الأصل فى کلام المصنف أنّ المبسوط قال: «إذا أوصى لرجل بشى ء ثمّ إنّ الموصى له ردّ الوصيّه ففيه أربع مسائل:

إحداها: أن يردّه قبل وفاه الموصى، فإنّه لا حکم لهذا الردّ لأنّه ما وجب له شى ء حتّى يردّه کما لو عفا عن الشفعه قبل البيع فلا يکون له حکم و يکون له القبول بعد وفاه الموصى.

الثانيه: أن يردّها بعد وفاه الموصى صحّ ذلک و نبيّن بذلک أنّ المال انتقل إلى ورثته.

ص:385

1- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى - سلطان العلماء)؛ ج 2، ص: 43

الثالثه: أن يردّها بعد القبول و القبض فإنّه لا يصحّ الردّ لأنّ بالقبول تمّ عليه ملكه، و بالقبض استقرّ ملكه فهو كمن وهب منه و أقبضه إيّاه فإنّه لا يملك ردّه.

الرابعه: أن يردّها بعد القبول و قبل القبض فإنّه يجوز , و فی النّاس من قال: لا يصحّ الردّ لأنّه لمّا قبل ثبت ملكه له إمّا بالموت و إمّا بالشرطين و إذا حصل فی ملكه لم يكن له الردّ. و الصحيح أنّ ذلک يصحّ لأنّه و إن كان قد ملكه بالقبول لكن لم يستقرّ عليه ملكه ما لم يقبضه فصحّ منه الرّدّ، كما أنّ من وقف عليه شیء فإنّه متی ردّ صحّ ذلک و إن كان قد ملک الرّقبه و المنفعه أو أحدهما».

و أشار بقوله: «و إمّا بالشرطين» إلی ما ذكره قبل بقوله «إذا مات الموصی متی ينتقل الملک إلی الموصی له قيل فيه قولان أحدهما ينتقل بشرطين بوفاه الموصی و قبول الموصی له، فإذا وجد الشرطان انتقل الملک عقيب القبول، و القول الثانی أنّه مراعی إن قبل الوصيّه تبيّنّا أنّه انتقل إليه الملک بوفاته و إن لم يقبل تبيّنّا أنّ الملک انتقل إلی الورثه بوفاته، و قيل فيه قول ثالث و هو أنّ الملک ينتقل إلی الموصی له بوفاه الموصی مثل الميراث فإن قبل ذلک استقرّ ملكه و إن ردّ ذلک انتقل عنه إلی ورثته و هذا قول ضعيف لا يفرّع عليه، و التفريع علی القولين الأوّلين»(۱).

۱- المبسوط فی فقه الإماميه؛ ج ۴، ص: ۲۸

أقول: مـا قاله الشـیخ و بتبعه المصـنف انما هو من أقوال العامّه و فروعهم و لیس فی أقوال المتقـدّمین وأخبارنا منها عین ولا أثر, والتحقیق هو: انه إذا أوصـی لرجـل بشـی ء فله فی حیاه الموصـی الرّدّ حیث إنّ النّاس مسـلّطون علی أنفسـهم کأموالهم، کما أنّ للوصـیّ الرّدّ فی حیـاه الموصـی، و أمّا بعـده فإنّما هو کالإرث لا یحتاج إلی قبوله و لا أثر لردّه، و للإنسان أن یوصـی بثلثه کیف شـاء فی المشـروع و لا یحتاج إلی قبول فی إنسان کما لا یحتاج فی غیره و قـد قوّی ذلک الشـیخ أخیرا و اسـتدلّ له باطلاق قوله تعالی {مِنْ بَعْدِ وَصِیَّهٍ یُوصِی بِهٰا أَوْ دَیْنٍ} فلم یقل «من بعد وصیّه موص و قبول الموصی له».

وقد یستدل لاعتبار القبول فی الوصیه التملیکیه بالوجهین التالیین:

۱- ان تحقق الملک بدون قبول الموصـی له مخالف لقاعده سـلطنه الانسان علی نفسه الثابته بالسـیره العقلائیه، فان دخول شی ء فی ملک الغیر قهرا مناف لذلک. و ثبوت مثله فی الارث هو لدلیل خاص فلا مجال معه للتعدی عنه.

وفیه انه اجتهاد قبال النص وذلک لاطلاق الآیه الکریمه {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ}(۱) والنصوص المعتبره الاتیه.

۲- التمسک باستصحاب عدم الانتقال الی الموصی له بدون قبوله.

۱- البقره: ۱۸۱

و فیه: انه لا یصار الیه مع وجود الدلیل.

نعم ادعی الاجماع فی المسأله علی اعتبار القبول, و هو ان تمّ کان هو الدلیل لکنه غیر تام لکونه محتمل المدرکیه.

و یشهد لعدم اعتبار القبول صحیحه محمد بن قیس عن ابی جعفر (علیه السلام): «قضی امیر المؤمنین (علیه السلام) فی رجل اوصی لآخر و الموصی له غائب فتوفی الموصی له الذی اوصی له قبل الموصی قال: الوصیه لوارث الذی اوصی له. قال: و من اوصی لأحد شاهدا کان او غائبا فتوفی الموصی له قبل الموصی فالوصیه لوارث الذی اوصی له الا ان یرجع فی وصیته قبل موته»(۱) و ما کان بمضمونها، فان مقتضی اطلاقها لزوم الدفع الی الوارث حتی مع عدم قبول الموصی له و لا وجه للدفع الیه الّا تحقق ملک مورثه و الانتقال منه الیه.

و صحیح العبّاس بن عامر: «سألته عن رجل أوصی له بوصیّه فمات قبل أن یقبضها و لم یترک عقبا، قال: اطلب له وارثا أو مولی فادفعها إلیه، قلت: فإنّ لم أعلم له ولیّا، قال: اجهد علی أن تقدر له علی ولیّ فإن لم تجده و علم اللّه عزّ و جلّ منک الجدّ فتصدّق بها»(۲).

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۴۰۹ الباب ۳۰ من أحکام الوصایا الحدیث ۱

۲- الکافی ج ۷، ص: ۱۳ح۳ و فی الفقیه «روی العبّاس بن عامر، عن مثنّی قال: سألته» .

و يؤيده خبر محمّد بن عمر الساباطى: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل أوصى إلىّ و أمرنى أن أعطى عمّا له فى كلّ سنه شيئا، فمات العمّ فكتب أعط ورثته»(۱).

وكذلك الوصيه العهديه من الايقاعات لا تتوقف على القبول كما هو رأى غير واحد من الفقهاء. و تدل عليها الروايات الداله على وجوب العمل بالوصيه على الوصى اذا لم يرد او ردّ و لم يبلغ الموصى ذلك، كصحيحه منصور بن حازم عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «اذا اوصى الرجل الى اخيه و هو غائب فليس له ان يرد عليه وصيته لأنه لو كان شاهدا فأبى ان يقبلها طلب غيره»(۲) فان القبول لو كان معتبرا جاز الرد مطلقا بل لم يتوقف بطلانها على الرد و يكفى عدم القبول.

مضافا الى اطلاق قوله تعالى: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ}(۳) بعد تفسيره بمطلق الايصاء على ما تقدم.

حصيله البحث:

تتحقق الوصيه بقوله: أوصيت أو افعلوا كذا بعد وفاتى أو لفلانٍ بعد وفاتى كذا , و هى من الايقاعات فلا تحتاج الى القبول نعم للوصىّ الرّدّ فى حياه الموصى فان ابطلها الموصى بطلت و الّا فلا، و أمّا الرد بعده فلا اثر له لانها كالإرث لا تحتاج

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۱۳ح۲
۲- وسائل الشيعه ۱۳: ۳۹۸ الباب ۲۳ من أحكام الوصايا الحديث ۳
۳- البقره: ۱۸۱

إلى القبول، و للإنسان أن يوصى بثلثه كيف شاء فى المشروع و لا يحتاج إلى قبول احد فى الوصيه لانسان و غيره , وكذلك الوصيه العهديه من الايقاعات لا تتوقف على القبول .

و ينتقل حقّ القبول الى الوارث

(و ينتقل حقّ القبول الى الوارث)

قال الشّهيد الثانى: «لو مات الموصى له قبله سواء مات فى حياه الموصى أم بعدها على المشهور، و مستنده روايه تدلّ بإطلاقها عليه، و قيل: تبطل الوصيّه بموته لظاهر صحيحه أبى بصير و محمّد بن مسلم، عن الصّادق (عليه السلام)، و فصل ثالث فأبطلها بموته فى حياته و الأقوى البطلان مع تعلّق غرضه بالمورث».

قلت: المفهوم من صحيح محمّد بن قيس و صحيح العبّاس، وخبر محمّد بن عمر الساباطى المتقدمه انفاً انتقال عين المال الموصى به إلى الوارث لا حقّ القبول، و قد عرفت فى العنوان المتقدّم أنّ مورد الأوّل موته قبل الموصى، و مورد الثانى الموت قبل القبض، و مورد الثالث أعمّ، و بها أفتى الصدوق و الشيخان و الدّيلمىّ و ابن حمزه و هو المفهوم من الكافى.

و أمّا صحيح أبی بصير، و محمّد جميعا، عن الصّادق (عليه السلام) سئل عن رجل أوصی لرجل فمات الموصی له قبل الموصی؟ قال: ليس بشی ء»(۱).

و صحيح منصور بن حازم، عنه (عليه السلام): سألته عن رجل أوصی لرجل بوصيّه إن حدث بی حدث، فمات الموصی له قبل الموصی؟ قال:ليس بشی ء»(۲) الدالين علی البطلان. فحملهما الشيخ علی تغيير الوصی للوصيه فقال: «المعنی فی هذين الخبرين هو أنَّه إنَّما لا يكون ذلک شيئاً إذا غيَّر المُوصِی الوصيَّه بعد موت المُوصی له فأمَّا مع إقراره الوصيَّه علی ما كانت فإنَّها تكونُ لورثته»(۳).

أقول: و ان كان حمل الشيخ لهما بلا شاهد و تبرعيا الّا انه ايه كونهما معرض عنهما فلم يعمل بهما الصدوق و الشيخان و الدّيلمیّ و ابن حمزه والكلينی فلا وثوق بهما فلا يعارضان الاخبار المتقدمه.

ثم انه بعد كونه لورثه الموصی له , لو مات الموصی له قبل الموصی و لم يكن للموصی له ورثه فهل يرجع إلی ورثه الموصی كما قال به الشيخان أو يكون للإمام كما قال به ابن ادريس؟ أو يتصدّق به كما أفتی به المقنع و هو المفهوم من الكلينیّ لروايته صحيح العبّاس المتقدم «سألته عن رجل أوصی له بوصيّه فمات قبل أن يقبضها و لم يترک عقبا، قال: اطلب له وارثا أو مولی فادفعها إليه، قلت:

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۳۱ح۴
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۳۱ح۵
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۳۱

فإنّ لم أعلم له وليّا، قال: اجهد على أن تقدر له على وليّ فإن لم تجده و علم اللّه عزّ و جلّ منک الجدّ فتصدّق بها»(۱) و به افتی الفقیه, و هو الاقوی.

حصیله البحث: ینتقل عین المال الموصی به إلی الوارث بموت الموصی له قبل الموصی لا حقّ القبول، و لو مات الموصی له قبل الموصی و لم یکن للموصی له ورثه کان حکمه ان یتصدّق به .

و تصحّ مطلقه و مقیده

(و تصحّ مطلقه و مقیده مثل افعلوا بعد وفاتی فی سنه کذا أو فی سفر کذا فتخصص)

قال تعالی {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ}.

و فی صحیح محمّد بن مسلم، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل أوصی بماله فی سبیل اللّه فقال: أعطه لمن أوصی به له و إن کان یهودیّا أو نصرانیّا، إنّ اللّه تعالی یقول: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ}(۲).

ص:۳۹۲

۱- الکافی ج ۷، ص: ۱۳ح۳ و فی الفقیه «روی العبّاس بن عامر، عن مثنّی قال: سألته» .
۲- الکافی باب إنفاذ الوصیّه علی جهتها، ۱۰ من وصایاه

و تکفی الإشاره مع تعذر اللفظ

(و تکفی الإشاره) الداله علی المراد قطعا فی إیجاب الوصیه (مع تعذر اللفظ) کما فی صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) أنّ أباه حدّثه أنّ امامه بنت أبی العاص و أمّها زینب بنت النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله فتزوّجها بعد علیّ (علیه السلام) المغیره بن نوفل أنّها وجعت وجعت وجعا شدیدا حتّی اعتقل لسانها فجاءها الحسن و الحسین ابنا علیّ علیهم السّلام و هی لا تستطیع الکلام فجعلا یقولان لها, و المغیره کاره لذلک: أعتقت فلانا و أهله فجعلت تشیر برأسها:لا، و کذا و کذا فجعلت تشیر برأسها: نعم، لا تفصح بالکلام فأجازا ذلک لها».» و لیس فیه «کانت تحت علیّ بن أبی طالب (علیه السلام) بعد فاطمه علیها السّلام»(۱).

و خبر سدیر، عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «دخلت علی ابن الحنفیّه محمّد بن علیّ و قد اعتقل لسانه فأمرته بالوصیّه، فلم یجب، قال: فأمرت بطست فجعلت فیه الرّمل فوضع، فقلت له: خطّ بیدک فخطّ وصیّته بیده فی الرّمل، و نسخت أنا فی صحیفته»(۲).

و عن الصّادق (علیه السلام) «أنّ فاطمه بنت أسد أمّ أمیر المؤمنین (علیه السلام) کانت أوّل امرأه هاجرت إلی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله من مکّه إلی المدینه علی قدمیها- إلی-

---

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان) ج ۹ ص۲۴۱ و رواه الفقیه بسند اخر مع تفاوت لا یضر بالمقصود .

۲- الفقیه (فی باب الوصیّه بالکتب و الإیماء، ۲۲ من وصایاه)

فلمّـا مرضت أوصت إلى النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم أمرت أن يعتق خادمها و اعتقل لسانها فجعلت تومئ إلى النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم إيماء فقبل صلّى اللّه عليه و آله وصيّتها»(۱).

(و كذا) تكفى (الكتابه) كذلك (مع القرينه)

الداله قطعا على قصد الوصيه بها لا مطلقا لأنها أعم .

قال الشهيد الثاني: «و لا تكفيان «الاشاره والكتابه» مع الاختيار و إن شوهد كاتبا أو علم خطه أو علم الورثه ببعضها خلافا للشيخ فى الأخير أو قال إنه بخطى و أنا عالم به أو هذه وصيتى فاشهدوا على بها و نحو ذلك بل لا بد من تلفظه به أو قراءته عليه و اعترافه بعد ذلك لأن الشهاده مشروطه بالعلم و هو منفى هنا خلافا لابن الجنيد حيث اكتفى به مع حفظ الشاهد له عنده»(۲).

أقول: يقع الكلام فى مقامين: الاول فى كفايتهما مع الاختيار و الثانى فى قبول شهاده من يستند بشهادته اليهما.

اما الاول فلا ريب فى حجيه القطع و اليقين و ان كان الموصى قادرا على التكلم و لا موضوعيه للكلام فى حجيه القطع كما حرر فى علم الاصول.

۱- الكافى فى ۲ من أخبار مولد أمير المؤمنين (عليه السلام)

۲- الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه (المحشى- سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص: ۴۴

و یؤیده ما فی الفقیه: «وروی عن إبراهیم بن محمّد الهمدانیّ قال: کتبت إلی أبی الحسن (علیه السلام): رجل کتبت کتابا بخطّه، و لم یقل لورثته «هذه وصیّتی» و لم یقل «إنّی قد أوصیت» إلّا أنّه کتب کتابا فیه ما أراد أن یوصی به هل یجب علی ورثته القیام بما فی الکتاب بخطّه و لم یأمرهم بذلک؟ فکتب (علیه السلام): إن کان له ولد ینفذون کلّ شی ء یجدون فی کتاب أبیهم فی وجه البرّ أو غیره»(۱).

و بذلک یظهر ضعف ما فی النهایه مشیرا إلی خبر الفقیه المتقدم «إذا وجدت وصیّه بخطّ المیّت و لم یکن أشهد علیها و لا أقرّ بها کان الورثه بالخیار بین العمل بها و بین ردّها و إبطالها، فإن عملوا بشی ء منها لزمهم العمل بجمیعها» وهو کما تری، فالخبر غیر دالّ علی التخییر بل ظاهر فی وجوب العمل بجمیعه بعد علمهم بکونه خطّه، ثمّ أیّ ملازمه إذا لم یعلموا قطعا بکونه وصیّته إذا عملوا ببعضه أن یعملوا بباقیه؟!.

و اما الثانی فهو تابع لشرائط الشهاده من کونها عن حس و غیرها فان حصلت قبلت و الّا فلا.

۱- الفقیه (فی باب الوصیّه بالکتب و الإیماء، اخر وصایاه)

و الوصیه للجهه العامّه مثل الفقراء و المساجد والمدارس

(و الوصیه للجهه العامّه مثل الفقراء و المساجد و المدارس لا تحتاج الی القبول)

لو قلنا باحتیاج الوصیه إلیه فی الخصوص و قد تقدم ان الوصیه من الایقاعات فلا تحتاج الی القبول واما بناء علی کونها من العقود فلا دلیل علی عدم احتیاجها الی القبول بل لابد من قبول الحاکم أو منصوبه کما قیل به فی الوقف و ان لم یکن به قائل هنا بعد اقتضاء القاعده له.

(و الظاهر أن القبول کاشف عن سبق الملک للموصی له بالموت لا ناقل له)

واستدل له الشهید الثانی بقوله: «إذ لولاه لزم بقاء الملک بعد الموت بغیر مالک إذ المیّت لا یملک لخروجه عن أهلیّته کالجمادات , و انتقال ماله عنه , و لا الوارث لظاهر قوله تعالی {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ} فلو لم ینتقل إلی الموصی له لزم خلوّه عن المالک» .

قلت: هذا الاستدلال مبنیّ علی کون الوصیّه من العقود، و قد عرفت عدم الدّلیل علیها بل علی خلافها و انها من الایقاعات.

حصیله البحث:

ص:۳۹۶

تصحّ الوصیه مطلقهً و مقیّدهً مثل بعد وفاتی فی سنه کذا و فی سفر کذا، فیتخصّص، و تکفی الإشاره مع تعذّر اللّفظ و کذا الکتابه مع القرینه، و الوصیّه للجهه العامّه مثل الفقراء و المساجد و المدارس لا تحتاج إلی القبول .

و یشترط فی الموصی الکمال

(و یشترط فی الموصی الکمال) بالبلوغ والعقل و رفع الحجر.

(و فی وصیه من بلغ عشرا قول)

بالصحه ففی المقنعه و المراسم و النهایه و المهذب و الغنیه انه تجوز وصیته فی البر والمعروف اذا بلغ عشراً و به قال ابو الصلاح وابو علی و هو مختار الإسکافی بالفحوی فقال: «إذا أوصی الصبیّ و له ثمان سنین و الجاریه و لها سبع سنین بما یوصی البالغ الرّشید جاز» و استناده إلی خبر الحسن بن راشد عن العسکریّ (علیه السلام): إذا بلغ الغلام ثمان سنین فجائز أمره فی ماله و قد وجب علیه الفرائض و الحدود، و إذا تمّ للجاریه سبع سنین فکذلک»(۱) لکنّه خبر شاذّ لاعراض الکل عنه عدا ابن الجنید.والقول بالصحه هو المفهوم من الکلینی والفقیه ایضا حیث اعتمدوا اخبارها.

ص:۳۹۷

۱- التّهذیب فی ۱۱ من أخبار باب وصیّه الصبی

أقول: وقد دلت جمله من الروايات على ذلک ففى صحيح عبدالرحمن بن ابى عبدالله عن الصادق عليه السلام قال: ((اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته))(۱) وفى صحيح ابى بصير عنه عليه السلام قال: ((اذا بلغ الغلام عشر سنين فاوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته و اذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير فى حق جازت وصيته))(۲) و فى صحيح ابن مسلم ((ان الغلام اذا حضره الموت و لم يدرک جازت وصيته لذوى الارحام و لم تجز للغرباء))(۳) وغيرها.

هذا و لم يخالف الا ابن ادريس عملاً بعمومات البلوغ و لا وجه له بعد كون الكل قائلين بجواز وصيته .

ثم ان كل من قال بجواز وصيته قال بها مع شرائط فيها لا مطلقا كما أرسل المصنف.

فقال ابن حمزه: «و حكم كمال العقل يكون للمراهق الذى لم يضع الأشياء فى غير مواضعها فإنّ وصيّته و صدقته و عتقه و هبته بالمعروف ماضيه دون غيرها» و قال المفيد: إذا بلغ الصبىّ عشر سنين جازت وصيّته فى المعروف فى وجوه البرّ و كذلک المحجور عليه لسفه إذا أوصى فى برّ و معروف جازت وصيّته و لم يكن لوليّه الحجر عليه و لا تجوز وصيّه الصبىّ و المحجور عليه فى ما يخرج عن

ص:۳۹۸

۱- لا يضر بصحته ابان بن عثمان فانه امامى ثقه من اصحاب الاجماع كما تقدم.

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۲۹ح۴

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۲۸ح۱

وجوه البرّ و المعروف، و هبتهما باطله و وقفهما و صدقتهما كوصيّتهما جائزه إذا وقعا موقع المعروف، و قال الشّيخ: وصيّه الصبيّ فی المعروف إذا كان له عشر سنين جائزه إذا كان يضع الشی ء مواضعه، و مردوده فی غير البرّ- إلخ» و مثله القاضی .

و الشرائط كون وصيته فی حد معروف وحق فی موضع الصدقه و للارحام كما يشهد لذلک موثق صفوان عن موسی بن بكر عن زراره، عن الباقر (عليه السلام): «إذا أتی علی الغلام عشر سنين فإنّه يجوز له فی ماله ما أعتق و تصدّق و أوصی علی حدٍّ معروف و حقٍّ فهو جائز»(۱) و به عمل الفقيه(۲).

و الظاهر ان المراد من كونه حقا ان يكون فی موضع الصدقه كما يدل علی ذلک موثق عبيد اللّه الحلبی، و محمّد بن مسلم، عن الصّادق (عليه السلام): سئل عن صدقه الغلام ما لم يحتلم؟ قال: نعم إذا وضعها فی موضع الصدقه»(۳). و اما قيد الارحام فقد تقدم فی صحيح ابن مسلم(۴).

(و أما المجنون و السكران) فلا تصح الوصيه منهما لانتفاء العقل فيهما.

(و من جرح نفسه بالمهلک فالوصيه منه باطله)

ص:۳۹۹

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۲۸ح۱

۲- من لا يحضره الفقيه ج ۴ ص ۱۹۷ باب الحد الذی إذا بلغه الصبی جازت وصيته .

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۸۲ح۹

۴- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۲۸ح۱

كما فی صحیحه أبی ولّاد عن الصّادق (علیه السلام): «من قتل نفسه متعمّدا فهو فی نار جهنّم خالدا فیها، قیل له: أ رأیت إن کان أوصـی بوصـیّه، ثمّ قتل نفسه من ساعته ینفذ وصیّته؟ فقال: إن کان أوصی قبل أن یحدث حدثا فی نفسه من جراحه أو فعل لعلّه یمـوت أجیزت وصـیّته فی الثلـث و إن کـان أوصـی بوصـیّه بعـد مـا أحـدث فی نفسـه مـن جراحـه أو فعـل لعلّه یمـوت لم تجز وصیّته»(۱) و به افتی الفقیه(۲), فقول ابن ادریس بصحّتها وان جرح نفسه بالمهلک لا وجه له .

حصیله البحث:

یشترط فی الموصـی الکمال بالبلوغ والعقل و رفع الحجر، و الاقوی صحه وصیّه من بلغ عشراً بشرط کون وصیته فی حد معروف و حق فی موضع الصدقه و للارحام، أمّا المجنون أو السّکران و من جرح نفسه بالمهلک فالوصیّه منهم باطلهٌ.

یشترط فی الموصی له الوجود و صحه التملک

(و یشترط فی الموصـی له الوجود) حاله الوصـیه (و صـحه التملک، فلو أوصـی للحمل اعتبر) وجوده حال الوصیه (بوضعه لدون سته أشهر منذ حین الوصیّه) فیعلم بذلک کونه موجودا حالتها (أو بأقصی مدّه الحمل) فما دون (إذا لم یکن

۱- الکافی (فی باب من لا تجوز وصیّته من البالغین، ۳۱ من أبواب وصایاه)

۲- الفقیه فی باب وصیّه من قتل نفسه متعمّدا ۲۷ من أبواب وصیّته

هناك زوج و لا مولى) فإن كان أحدهما لم تصح لعدم العلم بوجوده عندها و أصاله عدمه لإمكان تجدده بعدها .

هذا و فى المبسوط: «إذا أوصى بحمل جاريه و قال: هو ابن فلان فأتت به و نفاه زوجها باللّعان صحّت الوصيّه لأنّه ليس فيه أكثر من انقطاع النسب بين الوالد و ولده فأمّا من الأجنبيّ فلا، و قال قوم: هذا خطأ لأنّه إذا نفى الولد باللّعان بيّنّا أنّه ليس مخلوقا من مائه، فإن لم يكن مخلوقا لم يكن موجودا حال الوصيّه فلا تصحّ الوصيّه له و هذا قريب- إلخ» قلت: وتعليله فى قوله «بيّنّا- إلخ» ليس المراد به الانتفاء الواقعى بل بالتعبد و الانتفاء هو الاقوى.

حصيله البحث:

يشترط فى الموصى له الوجود و صحّه التّملّك. فلو أوصى للحمل اعتبر بوضعه لدون ستّه أشهرٍ منذ حين الوصيّه أو بأقصى الحمل إذا لم يكن هناك زوجٌ و لا مولىً.

ص:۴۰۱

و لو أوصى للعبد لم يصح

(و لو أوصى للعبد لم يصحّ)

سواء كان قنا أم مدبرا أم أم ولد, أجاز مولاه أم لا , لأن العبد لا يملك بتمليك سيده فبتمليك غيره أولى , و استدل له بروايه عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما ع «قال:لا وصيه لمملوك»(۱) .

أقول: لكنّه لا يعلم أنّ المراد بالخبر كون المملوك موصى له فيحتمل أن يكون المراد به انه لا يجوز له أن يوصى كما احتمله الشيخ فقال: «و يحتمل أن يكون المراد بالخبر أنَّه لا يجوز له أن يوصى لأَنَّهُ لا يَملِك شيئاً و لا يُرد أنَّه لا يجوز له أن يوصى له»(۲) و استشهد له بصحيح محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) أنّه «قال فى المملوك ما دام عبدا فإنّه و ماله لأهله لا يجوز له تحرير و لا كثير عطاء و لا وصيّه إلّا أن يشاء سيّده»(۳).

قال الشهيد الثانى: «و لو كان عبد غيره مكاتبا مشروطا أو مطلقا لم يؤدّ شيئا ففى جواز الوصيّه له قولان من أنّه فى حكم المملوك حيث لم يتحرّر منه شى ء، و لروايه محمّد بن قيس عن الباقر (عليه السلام) و من انقطاع سلطنه المولى عنه و من ثمّ

ص:۴۰۲

۱- الوسائل كتاب الوصايا باب ۷۹ الحديث ۳

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۱۶

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۱۶ح۳

جاز اكتسابه و قبول الوصيّه نوع منها، و الصحّه مطلقا أقوى و الرّوايه لا حجّه فيها».

أقول: لم أقف على من قال بجواز الوصيّه لهما و إنما قال المبسوط و تبعه القاضى: «أنّه يجوز الوصيّه لمكاتب ورثته كما يجوز لقين ورثته لأنّ الوصيّه لهما وصيّه لهم و الوصيّه للوارث صحيحه» .

و اعترض عليه المختلف بأنّه قال بعدم جواز الوصيّه لعبد الأجنبيّ، و مقتضى تعليله فى الورثه صحّته لأنّه كالوصيّه للأجنبى.

و يدلّ على عدم الجواز لمكاتب غيره الذى لم يؤدّ شيئا صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «فى مكاتب كانت تحته امرأه حرّه فأوصت له عند موتها بوصيّه فقال أهل الميراث: لا نجيز وصيّتها له إنّه مكاتب لم يعتق و لا يرث فقضى بأنّه يرث بحساب ما أعتق منه و يجوز له من الوصيّه بحساب ما أعتق عنه، و قضى فى مكاتب أوصى له بوصيّه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيّه، و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأوصى له بوصيّه فأجاز ربع الوصيّه، و قال فى رجل حرّ أوصى لمكاتبه و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز لها بحساب ما أعتق منها»(۱) و به افتى الفقيه(۲).

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۲۳ح۲۴

۲- الفقيه فى باب الوصيّه للمكاتب و أمّ الولد، ۳۶ من وصاياه

و قوله: «و الرّوايه لاـ حجّه فيهـا» تحكّم فإنّه خبر صـحيح رواه المشايـخ الثلاثه الكلينيّ و الصـدوق و الشـيخ(۱) و دلالته واضـحه صريحه و قد كرّر الحكم فيه في أربعه مواضع و لا معارض له و لا مفتي بخلافه.

(إلّا أن يكون) العبد الموصى له (عبده) أي عبد الموصى (فتنصـرف) الوصيه (إلى عتقه) فإن ساواه أعتق أجمع و إن نقص عتق بحسابه (و إن زاد المال عن ثمنه فله الزائد)

كما في صـحيح الحسن بن محبوب وهو من اصـحاب الاجماع عن الحسن بن صالح الذي لم يستثن من كتاب نوادر الحكمه(۲) عن الصّادق (عليه السـلام) «في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله، فقال: يقوّم المملوك بقيمه عادله ثمّ ينظر ما ثلث الميّت فإن كان الثلث أقلّ من قيمه العبـد بقـدر ربع القيمه استسـعى العبـد في ربع القيمه، و إن كان الثلث أكثر من قيمه العبـد أعتق العبد و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمه»(۳).

ص:۴۰۴

۱- التّهذيب في ۳۳ من أخبار باب مكاتبه

۲- معجم الثقاه ص۲۵۹

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۱۶ح۱

و صحيح الحلبىّ فى الرّجل يقول: «إن متّ فعبدى حرّ، و على الرّجل دين؟ قال: إن توفّى و عليه دين قد أحاط بثمن العبد بيع العبد، و إن لم يكن أحاط بثمن العبد استسعى العبد فى قضاء دين مولاه و هو حرّ إذا وفاه»(۱).

و بذلك أفتى الشيخ فى الخلاف و الحلبىّ و الحلىّ، و به قال علىّ بن بابويه و كذا الإسكافى حيث قال: «لو أوصى للمملوك بثلث ماله فقد روى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام): أنّه قال: إن كان الثلث أقلّ من قيمه العبد بقدر ربع القيمه استسعى العبد فى ربع القيمه، و إن كان الثلث أكثر أعتق العبد و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد القيمه، و يخرج الثلث من جميع التركه» و لو كانت الوصيّه للمملوك بمال مسمّى لم يكن عتاقه لجواز إخراج ذلك من رقبته و لو كان جزء من التركه كعشر أو نحوه كان العبد بما يملكه من ذلك الجزء من رقبته محرّرا و باقيه كما قلنا»(۲) .

قلت: و المفهوم منه أنّه خصّ الصحيح بما فيه مورده من الوصيّه بالثلث المشاع مثلا- دون مال معيّن فيبطل سواء كان أقلّ من الثلث أو أكثر, و هذا التفصيل بين المشاع و المعين غير صحيح و ذلك لصحيحه أبى عبيده: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل كانت له أمّ ولد و له منها غلام فلمّا حضرته الوفاه أوصى لها بألفى

ص:۴۰۵

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج۸ ص۲۳۲ح ۷۲

۲- المختلف ج۶ ص ۳۶۹

درهم أو بأكثر، للورثه أن يسترقّوها؟ فقال: لا بل تعتق من ثلث الميّت و تعطى ما أوصى لها به»(۱) و هى موردها المعين .

و قال الدّيلمى: «إن كانت أقلّ من الثلث أعتق و اعطى ما فضل و إن كانت أكثر بمقدار الرّبع و الثلث من الثلث أعتق بمقدار الثلث و استسعى فى الباقى».

و قال المفيد: «إذا أوصى الإنسان لعبده بثلث ماله نظر فى قيمه العبد فإن كانت أقلّ من الثلث أعتق و أعطى ما فضل عن قيمته من جمله ما وصّى له به و إن كانت قيمته أكثر من الثلث بمقدار السّدس و الرّبع و الثلث و نحو ذلك أعتق منه بمقدار ما وصّى له به و استسعى فى الباقى، و إن كانت قيمته على الضعف من الثلث الذى وصّى له به بطلت الوصيّه له و كان ميراثا بين الورثه»(۲) و مثله الشّيخ فى النهايه و القاضى فى مهذّبه و كامله.

و قد جمع بهذا التفصيل بين صحيح الحسن بن صالح و صحيح الحلبى المتقدّمين و صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج سألنى أبو عبد اللّه (عليه السلام): «هل يختلف ابن أبى ليلى و ابن شبرمه، فقلت: بلغنى أنّه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه دينا كثيرا و ترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمه: أرى أن تستسعيهم فى قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء فإنّه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبى ليلى أرى أن أبيعهم و أدفع

۱- الفقيه (فى باب الوصيّه للمكاتب و أمّ الولد، فى خبره الثانى)

۲- المقنعه فى باب وصيّه الإنسان لعبده

أثمانهم إلى الغرماء، فإنّه ليس له أن يعتقهم عنـد موته و عليه دين يحيط بهم- إلى- فقال: أما و اللّه إنّ الحقّ، الـذى قال ابن أبى ليلى و إن كان قد رجع عنه فقلت له: هذا ينكسـر عندهم فى القياس، فقال: هات قايسنى، فقلت: أنا أقايسک؟ فقال: لتقولنّ بأشدّ ما يدخل فيه من القياس، فقلت له: رجل ترک عبدا لم يترک مالاً غيره و قيمته سـتّمائه درهم و دينه خمسـمائه درهم فأعتقه عند الموت كيف يصـنع؟ قال: يباع العبـد و يأخـذ الغرماء خمسـمائه درهم و يأخـذ الورثه مائه درهم، فقلت: أ ليس قـد بقى من قيمه العبد مائه درهم عن دينه؟ فقال: بلى، قلت: أ ليس للرّجل ثلثه يصنع به ما يشاء. قال: بلى، قلت: أ ليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائه حين أعتقه؟ فقال:إنّ العبد لا وصـيّه له إنّما ماله لمواليه، فقلت له: فإذا كان قيمه العبد ستّمائه درهم و دينه أربعمائه درهم؟ قال: كذلک يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائه درهم، و يأخذ الورثه مائتين فلا يكون للعبد شـى ء، قلت له: فإنّ قيمه العبد ستّمائه درهم و دينه ثلاثمائه درهم فضـحک و قال: من ههنا أتى أصـحابک جعلوا الأشياء شيئا واحدا، و لم يعلموا السّنّه إذا استوى مال الغرمـاء و مـال الورثه أو كـان مـال الورثه أكثر من مـال الغرمـاء لم يتّهم الرّجل على وصـيّته و أجيزت وصـيّته على وجهها فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء و يكون ثلثه للورثه، و يكون له السدس»(۱).

ص:۴۰۷

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۲۶ح۱

و صحیح جمیل بن درّاج، عن زراره، عن أحدهما علیهما السّلام «فی رجل أعتق مملوکه عند موته و علیه دین، قال: إن کان قیمته مثل الذی علیه و مثله جاز عتقه و إلّا لم یجز»(۱).

و موثق الحسن بن الجهم، عن أبی الحسن (علیه السلام) فی رجل أعتق مملوکا له و قد حضره الموت و أشهد له بذلک و قیمته ستّمائه درهم و علیه دین ثلاثمائه درهم و لم یترک شیئا غیره؟ قال: یعتق منه سدسه لأنّه إنّما له منه ثلاثمائه درهم و یقضی منه ثلاثمائه درهم فله من الثلاثمائه ثلثها و هو السّدس من الجمیع»(۲) .

و قد یقال بتعارض هذه النصوص مع مفهوم صحیح الحلبی «و إن لم یکن أحاط بثمن العبد استسعی العبد فی قضاء دین مولاه و هو حرّ إذا وفاه» لکن نسبتهما العموم والخصوص المطلق ونقید بهذه النصوص مفهوم الصحیح , و علیه فالاقوی ما قاله المفید .

حصیله البحث:

لو أوصی للعبد لم یصحّ إلّا أن یکون عبده فإذا أوصی الإنسان لعبده بثلث ماله نظر فی قیمه العبد فإن کانت أقلّ من الثلث أعتق و أعطی ما فضل عن قیمته من جمله ما وصّی له به و إن کانت قیمته أکثر من الثلث بمقدار السّدس و الرّبع و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۲۷ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۲۷ح۳

الثلث و نحو ذلک أعتق منه بمقدار ما وصّی له به و استسعی فی الباقی، و إن کانت قیمته علی الضعف من الثلث الذی وصّی له به بطلت الوصیّه له و کان میراثا بین الورثه .

و تصح الوصیه للشقص بالنسبه

(و تصح الوصیه للشقص بالنسبه)

کما فی ما تقدم من صحیح محمّد بن قیس، عن الباقر (علیه السلام) «فی مکاتب کانت تحته امرأه حرّه فأوجبت له عند موتها بوصیّه فقال أهل المیراث:لا نجیز وصیّتها له، إنّه مکاتب لم یعتق و لا یرث، فقضی بأنّه یرث بحساب ما أعتق منه و یجوز له من الوصیّه بحساب ما أعتق عنه، و قضی فی مکاتب أوصی له بوصیّه و قد قضی نصف ما علیه فأجاز نصف الوصیّه، و قضی فی مکاتب قضی ربع ما علیه فأوصی له بوصیّه فأجاز ربع الوصیّه، و قال فی رجل حرّ أوصی لمکاتبه و قد قضت سدس ما کان علیها فأجاز لها بحساب ما أعتق منها»(۱).

(و لام الولد فتعتق من نصیبه و تأخذ الوصیّه)

ص:۴۰۹

۱- الکافی (ط - الإسلامیه) ج ۷ ص ۲۸ باب الوصیه للمکاتب

أقول: لا دليل له عدا ما فی نسخه لصحیحه أبی عبیده الاتیه فقال الکلینی بعد نقل الصحیحه «و فی کتاب العبّاس تعتق من نصیب ابنها و تعطی من ثلثه ما أوصی لها به»(۱) و مثله التّهذیب(۲) و به افتی الشیخ فی النهایه.

و الاقوی انها تعتق من الوصیّه فإن ضاقت فالباقی من نصیب ولدها لتأخّر الإرث عن الوصیّه و الدّین بمقتضی الآیه و لصحیحه أبی عبیده: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن رجل کانت له أمّ ولد و له منها غلام فلمّا حضرته الوفاه أوصی لها بألفی درهم أو بأکثر، للورثه أن یسترقّوها؟ فقال: لا- بل تعتق من ثلث المیّت و تعطی ما أوصی لها به»(۳) و قد فهم منها الاصحاب ان ما اوصی به یجعل من الثلث و تعتق منه واذا زاد یعطی لها, لا- انها تعتق من الثلث ثم تعطی کل ما اوصی لها کما قد یتوهم فانه مقطوع البطلان لان الوصیه ستزید علی الثلث حینئذ.

و بذلک افتی ابن ادریس، و هو ظاهر المبسوط حیث قال: «و أمّ الولد تصحّ له الوصیّه بلا خلاف عندنا لأنّ الوصیّه للعبد جائزه و عندهم لأنّها تنعتق بالموت» و قال الإسکافی: «الوصیّه لأمّ الولد جائزه و تعتق من وصیّتها [أ (خ)] و نصیب ولدها و تعطی بقیّه الوصیّه، فإن کان دون نصیبها [قیمتها (ظ)] و لا ولد ل [ه] ا

ص:۴۱۰

۱- الکافی فی باب الوصیّه لأمّهات الأولاد، ۲۲ من وصایاه فی خبره الأخیر

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۲۴ح ۳۰ لکن فیه «عن جمیل بن صالح، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) » و لم یوسّط أبا عبیده بینهما . أقول: والخبر علی کلا التقدیرین صحیح.

۳- الفقیه (فی باب الوصیّه للمکاتب و أمّ الولد، فی خبره الثانی)

أعتق منها بقسط وصيّتها و الباقی من الثلث».و العتق من الوصیّه ظاهر الفقیه حیث اقتصر علی نقل خبر أبی عبیده بدون النقل عن کتاب العبّاس .

و یؤیده أیضا مرسل محمّد بن یحیی عن أبی الحسن الرّضا (علیه السلام) فی أمّ ولد إذا مات عنها مولاها و قد أوصی لها قال: تعتق فی الثلث و لها الوصیّه»(۱).

و مثل ذلک ما لو اوصی لام ولد مات ولدها کما فی صحیح البزنطی قال: «نسخت من کتاب بخطّ أبی الحسن (علیه السلام) فلان مولاک توفّی ابن أخ له و ترک أمّ ولد لیس لها ولد فأوصی لها بألف درهم، هل تجوز الوصیّه و هل یقع علیها عتق و ما حالها، رأیک فدتک نفسی؟ فکتب (علیه السلام) تعتق فی الثلث و لها الوصیّه»(۲).

و الوصیّه لجماعه تقتضی التسویه

(و الوصیّه لجماعه تقتضی التسویه إلّا مع التفضیل و لو قال علی کتاب اللّه فللذکر ضعف الأنثی)

لکن ورد فی الوصیّه للأولاد و الأعمام و الأخوال ردّها الی کتاب اللّه و لو أطلق کما فی صحیح زراره، عن أبی جعفر (علیه السلام) «فی رجل أوصی بثلث ماله فی أعمامه و أخواله فقال: لأعمامه الثلثان و لأخواله الثلث» و به افتی الفقیه(۳).

۱- الکافی (فی ۳ من أخبار الباب المتقدّم)

۲- الکافی (ح ۱ من أخبار الباب المتقدّم)

۳- الفقیه فی باب الوصیّه للأقرباء و الموالی و التّهذیب ح ۲۳ «باب الوصیّه المبهمه» .

و یؤیده خبر سهل قال: «کتبت إلی أبی محمّد (علیه السلام) رجل کان له ابنان فمات أحدهما و له ولد ذکور و إناث فأوصی لهم جدّهم بسهم أبیهم فهذا السهم الذّکر و الأنثی فیهم سواء، أم للذّکر مثل حظّ الأنثیین؟فوقع (علیه السلام) ینفذون وصیّه جدّهم کما أمر إن شاء اللّه- قال: و کتب إلیه: رجل له ذکور و إناث فأقرّ لهم بضیعه أنّها لولده و لم یذکر أنّها بینهم علی سهام اللّه عزّ و جلّ و فرائضه، الذکر و الأنثی فیه سواء؟ فوقّع (علیه السلام): ینفذون فیها وصیّه أبیهم علی ما سمّی، فإن لم یکن سمّی شیئا ردّوها إلی کتاب اللّه و سنّه نبیّه صلّی اللّه علیه و آله إن شاء اللّه»(۱).و روی ذیله الفقیه ایضا و ظاهر الفقیه والکافی العمل بهما، و بخبر الأعمام و الأخوال أفتی الشیخ فی النهایه و القاضی، و هو ظاهر الإسکافیّ حیث رواه عن الباقر (علیه السلام) ساکتا علیه، و بالتسویه أفتی الحلیّ. و یمکن نسبته إلی من لم یتعرّض للتفصیل، و لعلّ التفریق بینهما لصحّه خبر الأعمام و الأخوال دون خبر الأولاد لوقوع سهل الذی ضعّفه الأکثر، فیه. و الاقوی عدم التفریق لاعتماد الاصحاب علی الخبر اولا و الغاء خصوصیه الاعمام و الاخوال عرفا فنفس الصحیح الاول شامل للاولاد .

۱- الکافی ط, الاسلامیه ج ۷، ص: ۴۵ح۱ و التّهذیب ح ۲۲ «باب الوصیّه المبهمه» .

و القرابه من عرف بنسبه

(و القرابه من عرف بنسبه)

ذهب إليه في المبسوطين و تبعه القاضي و الحلىّ، و قال المفيد: «هي جميع ذوي نسبه الرّاجعين له إلى آخر أب له و أمّ في الإسلام» و تبعه النهايه و هو كما ترى، و قال الإسكافيّ «هي من تقرّب إليه من جهه ولده أو والديه و لا اختار أن يتجاوز بالتفرقه ولد الأب الرّابع لأنّ النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلّم لم يتجاوز ذلك في تفرقه سهم ذوي القرابه من الخمس» وهو تحكم بلا شاهد و قياسه على الخمس قياس مع الفارق, مضافا الى ان النبي (صلى الله عليه و آله) لم يتجاوز ولد الأب الثالث و هو هاشم و أمّا الرّابع و هو عبد مناف فقول باختصاصه بولده المطّلب دون نوفل و عبد شمس .

و يدل على قول المصنف صحيح البزنطيّ قال: «نسخت من كتاب بخطّ أبي الحسن (عليه السلام) رجل أوصى لقرابته بألف درهم و له قرابه من قبل أبيه و امّه ما حدّ القرابه يعطى من كان بينه قرابه أولها حدّ ينتهي إليه، رأيك فدتك نفسي؟!، فكتب (عليه السلام) إن لم يسمّ أعطاها قرابته»(1) و هو صريح في أنّه إذا لم يسمّ من أقربائه أشخاصا معيّنين يعطى كلّ من يسمّى عرفا من قرابته .

ص:۴۱۳

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۱۵ح۲۵

ما هو المراد من الجیران؟

(و الجیران لمن یلی داره إلی أربعین ذراعا)

کما ذهب إلیه الشیخان و الدّیلمیّ و الحلبیّان و القاضـی و ابن حمزه و الحلیّ و لم نقف علی مستند لهم نعم ورد أربعون ذراعا فی حریم المسجد لا حدّ الجوار کما سیأتی.

و قیل: حد الجوار أربعون دارا لکن لم یعرف قائله, و مستنده أربعه أخبار کما فی صحیح جمیل بن درّاج «عن الباقر (علیه السلام): حدّ الجوار أربعون دارا من کلّ جانب من بین یدیه و من خلفه و عن یمینه و عن شماله»(1).

و خبر عمرو بن عکرمه، عن الصّادق (علیه السلام)، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: کلّ أربعین دارا جیران من بین یدیه و من خلفه و عن یمینه و عن شماله»(2) وفی طریقه ابن ابی عمیر فهو موثوق به. وغیرهما.

و حیث إنّها مطلقه یمکن حملها علی الجار فی کلام الشارع لا فی کلام العرف کقولهم علیهم السّلام: «لا صلاه لجار المسجد إلّا فی المسجد، و قول أمیر المؤمنین (علیه السلام): اللّه اللّه فی جیرانکم فإنّها وصیّه نبیّکم صلّی اللّه علیه و آله.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۲، ص: ۶۶۶ح۲
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۲، ص: ۶۶۶ح۱

أقول: الاقوی ان وصایا النّاس تحمل علی العرف لانه هو المراد کما هو مقتضی اصاله الظهور .

و للموالی یحمل علی العتیق و المعتق

(و للموالی یحمل علی العتیق و المعتق الّا مع القرینه علی إراده أحدهما)

الأصل فی ما ذکره العلامّه و الاقوی اختصاصه بالعتیق کما هو ظاهر صحیح الصفّار: «کتب إلی العسکریّ (علیه السلام) رجل أوصی بثلث ماله لموالیه و لمولیاته الذکر و الأنثی فیه سواء أو للذکر مثل حظّ الأنثیین من الوصیّه؟ فوقّع (علیه السلام) جائز للمیّت ما أوصی به علی ما أوصی به إن شاء اللّه»(۱) فإنّ المنصرف من قوله «رجل أوصی» رجل عربیّ لیس له معتق أوصی لعتقائه کما کان الغالب فی ذلک العصر و لو أرید المعتق لقیّد المولی بالمعتق، کما أنّ موالیه ینصرف إلی موالی شخصه دون موالی أبیه. ویؤید ذلک خبر الحسن بن راشد، عن العسکریّ (علیه السلام): «سألته عن رجل أوصی بثلثه بعد موته، فقال: ثلثی بعد موتی بین موالی و موالیاتی، و لأبیه موالی یدخلون موالی أبیه فی وصیّته بما یسمّون موالیه أم لا یدخلون؟ فکتب (علیه السلام): لا یدخلون»(۲).

۱- الکافی (فی باب من أوصی لقراباته و موالیه، ۳۲ من وصایاه) و الفقیه (فی باب الوصیّه للأقرباء و الموالی) و التّهذیب (فی ۲۴ من أخبار باب الوصیّه المبهمه)

۲- الفقیه (فی ۹ من أخبار نوادر وصایاه) و التّهذیب (فی الأخیر من وصیّته المبهمه)

ثمّ الخبر محمول بقرينه تطابق الجواب والسؤال على أنّ الموصى لو جعل الموليات كالموالى هل يصحّ أو يكون كالإرث؟ فأجاب (عليه السلام) بأنّ للموصى أن يفعل ما يشاء و لا يلزم أن يراعى حكم الإرث.

(و قيل تبطل)

كما افتى به الشيخ فى المبسوط حيث قال: «إذا قال: أعطوا ثلث مالى لمواليّ، قيل: فيه ثلاثه أوجه:أحدها تصحّ هذه الوصيّه لمولى الأعلى لأنّ الإطلاق ينصرف إليه، و الوجه الثانى يستويان فيه لمولى الأعلى و مولى الأسفل لأنّ الاسم يتناولهما، و الوجه الثالث يبطل الوصيّه. و الوجه الثانى أقرب».

و للفقراء تنصرف الى فقراء مله الموصى

(و للفقراء تنصرف الى فقراء مله الموصى و يدخل فيهم المساكين ان جعلناهم مساوين أو أسوء حالا و الّا فلا و كذا العكس)

أمّا الانصراف إلى فقراء ملّته، فلمعلوميّته من العرف، قال اللّه تعالى {فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ}.

ففى صحيح الرّيّان بن شبيب قال: «أوصت مارده لقوم نصارى فراشين بوصيّه فقال أصحابنا: اقسم هذا فى فقراء المؤمنين من أصحابك، فسألت الرضا (عليه السلام) فقلت: إن أختى أوصت بوصيّه لقوم نصارى و أردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا

ص:۴۱۶

مسلمین فقال: امض الوصیّه علی ما أوصت به، قال اللّه تعالی «فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَی الَّذِینَ یُبَدِّلُونَهُ»(۱) و غیره .

و أمّا الفقراء و المساکین هل یدخل أحدهما فی الآخر فالمتّبع أوّلا إرادته، و الّا کان مجملا فیؤخذ بالقدر المتیقن.

ثم انه لو اوصی او اوقف - و المناط فی الوصیّه و الوقف واحد - فإن کان الموصی او الواقف عامیّا فسبیل اللّه عندهم الجهاد فیصرف فی الجهاد، کما ورد ذلک فی خبر یونس بن یعقوب الذی رواه المشایخ الثلاثه «أنّ رجلًا کان بهمذان ذکر أنّ أباه مات و کان لا یعرف هذا الأمر فأوصی بوصیّهٍ عند الموت و أوصی أن یعطی شی ءٌ فی سبیل اللّه فسئل عنه أبو عبد اللّه ع کیف نفعل و أخبرناه أنّه کان لا یعرف هذا الأمر فقال لو أنّ رجلًا أوصی إلیّ أن أضع فی یهودیٍّ أو نصرانیٍّ لوضعته فیهما إنّ اللّه تعالی یقول فمن بدّله بعد ما سمعه فإنّما إثمه علی الّذین یبدّلونه, فانظروا إلی من یخرج إلی هذا الأمر یعنی بعض الثّغور فابعثوا به إلیه»(۲).

و إن کان إمامیّا یجوز صرفه إلی فقراء الشیعه کما یجوز صرفه فی الحج و کل ما یصدق علیه سبیل الله، کما دل علیه صحیح حجّاج الخشّاب، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام): «سألته عن امرأه أوصت إلیّ بمال أن یجعل فی سبیل اللّه فقیل لها: نحجّ به؟

ص:۴۱۷

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص: ۳۴۳ باب ۳۵ ح ۱

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص: ۳۴۱باب۳۳ح۴

فقـالـت: اجعله فى سبيـل اللّه، فقـالوا لهـا: فنعطيه آل محمّـد عليهم السّـلام؟ قـالت: اجعله فى سبيـل اللّه، فقـال أبو عبـد اللّه (عليه السـلام) اجعله فى سبيـل اللّه كمـا أمرت، قلت: مرنى كيف أجعله؟ قـال: اجعله كمـا أمرتک إنّ اللّه تبارک و تعالى يقول {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّٰهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} أ رأيتک لو أمرتک أن تعطيه يهوديّا كنت تعطيه نصـرانيّا؟ قـال: فمكثت بعـد ذلـک ثلاث سـنين ثمّ دخلت عليه، فقلت له: مثل الـذى قلت أوّل مرّه، فسـكت هنيئه، ثمّ قال: هاتها قلت: من أعطيها؟ قال: عيسى شلقان»(۱).

أقول: و عيسـى شـلقان هو ابن ابى منصور , قال الكشـى: سألت حمدويه بن نصـير، عن عيسـى؟ فقال: خير، فاضل، هو المعروف بشـلقان و هو ابن أبى منصور و اسم أبى منصور صبيح (انتهى)(۲). و عدّه الشـيخ المفيد فى رسالته العدديه من الفقهاء الأعلام و الرؤساء المأخوذ منهم الحلال و الحرام و الفتيا و الأحكام الذين لا يطعن عليهم و لا طريق لذم واحد منهم(۳).

و فى صـحيح الحسن بن راشـد: «سألت العسـكرىّ (عليه السـلام) بالمـدينه عن رجل أوصـى بمال فى سبيل اللّه، فقال: سبيل اللّه شيعتنا»(۴) و هما دالّان على أنّ من جمله سبيل اللّه شيعتهم أى مستحقّوهم و عيسى بن شلقان احدهم.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۱۵ح۱

۲- رجال الكشى (۱۵۵)

۳- معجم رجال الحديث, ج۱۳، ص۱۷۶، عيسى بن ابى منصور شلقان.

۴- وسائل الشيعه، ج ۱۹، ص: ۳۳۹باب۳۳ح۱

نعم فی خبر الحسین بن عمرو - الذی رواه المشایخ الثلاثه - قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): «إنّ رجلا أوصی إلیّ بشی ء فی السبیل، فقال: اصرفه فی الحجّ، قلت له: أوصی إلیّ فی السبیل، قال: اصرفه فی الحجّ، فإنّی لا أعلم شیئا من سبیله أفضل من الحجّ»(۱) سبیل الله هو الحج .

قلت: و لا تنافی بینهما فکل منهما سبیل الله جل و علا لکن الفقیه جمع بین صحیح الحسن بن راشد و خبر الحسین بن عمرو بأنّ المراد یعطی رجل من الشیعه یحجّ به عنه(۲).

قلت: لکن هذا الجمع لا شاهد له بل کل منهما بمفرده مصداق لسبیل الله تعالی.

حصیله البحث:

تصحّ الوصیّه للمشقّص بالنّسبه و لأمّ الولد فتعتق من الوصیّه فإن ضاقت فالباقی من نصیب ولدها، و کذلک لو اوصی لام ولد مات ولدها, و الوصیّه لجماعهٍ تقتضی التّسویه إلّا مع التّفضیل او کانت للوراث فحسب الارث و ان لم یرثوا بالفعل، و لو قال: علی کتاب اللّه، فللذّکر ضعف الأنثی، و القرابه من عرف بنسبه، و الوصیه للجیران تحمل علی العرف، و للموالی تحمل علی العتیق إلّا مع القرینه، و للفقراء تنصرف إلی فقراء ملّه الموصی، و لو اوصی او اوقف فی سبیل الله فإن

۱- وسائل الشیعه، ج ۱۹، ص: ۳۳۹باب۳۳ح۲

۲- الفقیه (فی باب الرّجل یوصی بمال فی سبیل اللّه، ۳۰ من وصایا)

كان الموصى او الواقف عاميّا يصرف فى الجهاد، و إن كان إماميّا يجوز صرفه إلى فقراء الشيعه كما يجوز صرفه فى الحج و كل ما يصدق عليه سبيل الله .

الفصل الثانى فى متعلّق الوصيّه

و هو كلّ مقصود يقبل النقل عن الملك

(و هو كلّ مقصود) للتملك عاده (يقبل النقل عن الملك)

من مالكه إلى غيره فلا تصح الوصيه بما ليس بمقصود كذلك إما لحقارته كفضله الإنسان أو لقلته كحبه الحنطه و قشر الجوزه أو لكون جنسه لا يقبل الملك كالخنزير.

اقول: الامر كما قال المصنف لو لم يكن هنالك اطلاق يشمل غير المقصود للتملك مما يكون للانسان حق الاختصاص فيه و قابلا للنقل و الظاهر ثبوت الاطلاق كما سيأتى فى الايه المباركه الداله على امضاء عنوان الوصيه متى ما صدق .

و لا يشترط كونه معلوما

(و لا يشترط كونه معلوما للموصی و لا للموصی له و لا مطلقا و لا موجودا) بالفعل (حال الوصيه)

بل يكفی صلاحيته للوجود عاده فی المستقبل و ذلك لإطلاق الآيه الكريمه: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوالِدَيْنِ ... فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ ما سَمِعَهُ فَإِنَّما إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ}(١) الدال علی امضاء عنوان الوصيه متی ما صدق .

(فتصح الوصيه بالقسط و النصيب و شبهه) قيل: كالكثير.

قلت: لو اراد بـذلك المعنی العرفی و الّا فأنّ الكثير ممّا فسّر فی الخبر بثمانين، كما فی مرسل علیّ بن إبراهيم «لمّا سمّ المتوكّل نـذر إن عوفی أن يتصدّق بمال كثير فلمّا عُوفی سأل الفقهاء عن حدّ المال الكثير - إلی- أنّ الهادی (عليه السلام) قال: الكثير ثمانون»(٢) مستندا (عليه السلام) الی قوله تعالی {لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللّهُ فِی مَواطِنَ كَثِيرَةٍ} و به افتی الكلينی و الفقيه(٣) و الخلاف و ابن حمزه.

١- البقره: ١٨٠- ١٨١

٢- الكافی (ط - الإسلاميه) ج ٧ ص ۴۶۴ باب النوادر

٣- الفقيه ج ۴ ص ٢٠۶ باب الوصيه بالشی ء من المال و السهم و الجزء و الكثير .

و أمّا قول ابن ادريس: إنّ الخبر ورد فی النذر دون الوصيّه فيردّه أنّ المناط تفسير الكثير و لذا عمم الصدوق الحكم.

(و يتخير الوارث فی تعيين ما شاء)

إذا لم يعلم من الموصی إراده قدر معين أو أزيد مما عينه الوارث.

أما الجزء فالعشر

(أما) لو اوصی ب_(الجزء فالعشر)

ذهب إلی العشر علیّ بن بابويه و الصدوق فی مقنعه، و الشيخ فی تهذيبيه و هو مختار الكلينی فروی صحيح عبد اللّه بن سنان، عن عبد الرّحمن بن سيابه قال: «إنّ امرأه أوصت إلیّ فقالت: ثلثی يقضی دينی و جزء منه لفلانه فسألت عن ذلك ابن أبی ليلی فقال: ما أری لها شيئا ما أدری ما الجزء، فسألت عنه أبا عبد اللّه (عليه السلام) بعد ذلك و خبّرته كيف قالت المرأه و ما قال ابن أبی ليلی فقال: كذب ابن أبی ليلی، لها عشر الثلث، إنّ اللّه عزّ وجلّ أمر إبراهيم (عليه السلام) فقال {اجْعَلْ عَلیٰ كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً} و كانت الجبال يومئذ عشره و الجزء هو العشر من الشی ء»(1) و فی سنده ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع.

ص:۴۲۲

1- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۳۹ باب من أوصی بجزء من ماله» ح۱ والتّهذيب فی أوّل وصيّته المبهمه و فی آخره «فالجزء هو العشر»، و الإستبصار فی أوّل «من أوصی بجزء من ماله» و أسقط ابن سيابه، و نسب الوافی إلی التّهذيبين إثباته، و الوسائل إلی الشيخ مطلقا إسقاطه، و رواه المعانی بإسناد آخر مع إسقاط ابن سيابه و مع اختلاف فی اللّفظ لكن الأصل واحد.

و موثق معاويه بن عمّار، عنه (علیه السـلام): «سألته عن رجل أوصـى بجزء من ماله، قال: جزء من عشره قال اللّه عزّ و جلّ «اجْعَلْ عَلىٰ كُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً» و كانت الجبال عشره»(۱).

وصحيح أبان بن تغلب «عن الباقر (علیه السلام): الجزء واحد من عشره لأنّ الجبال عشره، و الطيور أربعه»(۲).

و يدلّ عليه غير ما رواه الكافی اربعه اخبار اخر.

و به قال الفضل بن شاذان فقال الكلينی «قال الفضل فإن قال: فما قولك فی من أوصى لرجل بجزء من ماله و مات و لم يبيّن هل يجعـل له جزءا من ثلاثين جزء من مـاله كمـا فعلته للمعتق، قيل له: لا و لكنّه يجعل له جزء من عشـره من ماله لأنّ هـذا ليس من طريق المواقيت، و إنّمـا هـذا من طريق العـدد، فلمّا أن كـان أصل العـدد كلّه الـذی لا تكرار فيه و لا- نقصان فيه عشـره فأخـذنا الأجزاء من ذلك لأنّ ما زاد على عشره فهو تكرار لأنّك تقول: أحد عشر و اثنا عشر و ثلاثه عشر و هذا

ص:۴۲۳

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۳۹ باب من أوصى بجزء من ماله» ح۲

۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۳۹ باب من أوصى بجزء من ماله ح۳ و رواه التّهذيب و فيه «كانت عشره و الطير أربعه» .

تكرار الحساب الأوّل، و ما نقص من عشره فهو نقصان عن حدّ كمال أصل الحساب و عن تمام العدد، فجعلنا لهذا الموصى له جزءا من عشره إذا كان ذلك من طريق العدد، و هكذا روّينا عن أبی عبد اللّه (عليه السلام) أنّ له جزءاً من عشره»(۱) قلت: و هذه روايه اخری مضافا الی استدلاله كما و ان قول ابن شاذان كاشف عن فقه الشيعه فی زمن المعصومين عليهم السلام.

(و قيل: السبع)

ذهب إلی السبع الإسكافی و المفيد و الصدوق فی الهدايه و الشيخ فی خلافه و نهايته و الدّيلمیّ و القاضی و ابن حمزه و الحلیّ و يدلّ عليه صحيح البزنطیّ: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل أوصی بجزء من ماله فقال: واحد من سبعه إنّ اللّه تعالی يقول {لَهٰا سَبْعَهُ أَبْوٰابٍ لِكُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ} , الخبر»(۲).

و خبر إسماعيل بن همّام الكندیّ، عن الرّضا (عليه السلام) «فی رجل أوصی بجزء من ماله، قال: الجزء من سبعه يقول {لَهٰا سَبْعَهُ أَبْوٰابٍ لِكُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ}(۳).

ص:۴۲۴

۱- الكافی (فی آخر باب ميراث المماليک، ۴۲ من أبواب مواريثه)

۲- التّهذيب فی خبره الخامس من باب وصيّته المبهمه والايه ۴۴ من سوره الحجر

۳- التّهذيب فی خبره السادس من باب وصيّته المبهمه

و ما فی الإرشاد مرسلا «عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) فی رجل أوصی بجزء من ماله و لم یعیّنه، فاختلف الوارث بعده فی ذلک. فقضی علیهم بإخراج السبع من ماله، و تلا قوله عزّ و جلّ {لَهٰا سَبْعَةُ أَبْوٰابٍ لِكُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ}(۱).

و جمع الفقیه بین أخبار السّبع و أخبار العشر، فقال: کان أصحاب الأموال فی ما مضی یجزّؤن أموالهم فمنهم من یجعل أجزاء ماله عشره، و منهم من یجعلها سبعه فعلی حسب رسم الرّجل فی ماله تمضی وصیّته و مثل هذا لا یوصی به إلّا من یعلم اللّغه و یفهم عنه، فأمّا جمهور النّاس فلا تقع لهم الوصایا إلّا بالمعلوم الذی لا یحتاج إلی تفسیر مبلغه.

و فیه: انه جمع تبرعی لا شاهد له.

و جمع التّهذیب فقال: «نحمل الجزء علی أنّه یجب أن ینفذ فی واحد من العشره، و یستحبّ للورثه إنفاذه فی واحد من السبعه لتتلائم الأخبار و لا تتضادّ»، و مثله فی الاستبصار و هما کما تری جمع تبرعی لا شاهد له.

اقول: اشتملت الطائفه الاولی علی ثمان روایات وهی فوق حد الاستفاضه وفیها الصحیح والموثق بخلاف الثانیه فهی ثلاث روایات احدها مرسل وثانیها ضعیف سندا وثالثها صحیح البزنطی وهو معارض بصحیحه الاخر، عن الحسین بن خالد،

۱- الإرشاد فی معرفه حجج الله علی العباد ج ۱ ص ۲۲۱ فی جمله من قضایاه أیام حکمه ع .

عن أبی الحسن (علیه السلام): «سألته عن رجل أوصی بجزء من ماله قال: سبع ثلثه»(۱) الدال علی ان الوصیه بجزء المال معادل لسبع الثلث والحال انه دال علی سبع کل المال . مضافا الی إنّ آیه {لِکُلِّ بٰابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ} ان الجزء فیها مقیّد بالمقسوم و الکلام فی المطلق کما فی آیه {عَلیٰ کُلِّ جَبَلٍ مِنْهُنَّ جُزْءاً} وعلیه فلا وثوق باخبار السبع فلا تعارض اخبار العشر ویرد علمها الی اهلها .

و أمّا ما قیل: «أنّه لو أضاف الجزء إلی جزء آخر کالثلث فالمراد به العشر معیّنا لصحیح ابن سنان» قلت: لم یقل أحد باختلافه باختلاف المضاف إلیه من الکلّ أو الجزء المشاع أو المعیّن، فإن أرید بالجزء العشر یکون معنی جزء من ماله: عشر ماله. و جزء من ثلثه: عشر من ثلثه، و هکذا.

و السهم الثمن

(و)لو اوصی ب_(السهم) فهو (الثمن)

کما ذهب إلی الیه الإسکافیّ و المفید و الدّیلمیّ و القاضی و ابن حمزه و الحلیّ و الشیخ فی النهایه، و هو المفهوم من الکلینی فروی معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام) سئل عن رجل یوصی بسهم من ماله فقال: السهم واحد من ثمانیه لقول اللّه

۱- الفقیه ج ۴ ص ۲۰۵ باب الوصیه بالشی ء من المال و السهم و الجزء و الکثیر .

تعالی:{إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَهِ قُلُوبُهُمْ وَ فِی الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِی سَبِيلِ اللّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ}(۱).

و صحیح صفوان، عن الرّضا (علیه السلام) «عن رجل أوصی بسهم من ماله و لا یدری السّهم أیّ شی ء هو؟ فقال: لیس عندکم فی ما بلغکم عن جعفر و لا عن أبی جعفر علیهما السّلام فیها شی ء؟ قلنا له:جعلنا فداک ما سمعنا أصحابنا یذکرون شیئا من هذا عن آبائک، فقال: السّهم واحد من ثمانیه، فقلنا له: جعلنا فداک کیف صار واحدا من ثمانیه؟ فقال: أما تقرء کتاب اللّه عزّ و جلّ؟ قلت: جعلت فداک إنّی لأقرأه و لکن لا أدری أیّ موضع هو فقال قول اللّه عزّ و جلّ {إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَهِ قُلُوبُهُمْ وَ فِی الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِی سَبِيلِ اللّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ} ثمّ عدّ بیده ثمانیه، قال: و کذلک قسمها النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله علی ثمانیه أسهم فالسّهم واحد من ثمانیه». و غیرهما.

و قیل: السهم السدس , ذهب إلیه علیّ بن بابویه و ابنه فی مقنعه و هدایته و الشیخ فی مبسوطیه , و هو ظاهر ابن زهره حیث قال: و قد روی عن إیاس بن معاویه قال:«السهم فی اللّغه السّدس».و روی «عن ابن مسعود: أنّ رجلا أوصی له بسهم من ماله فأعطاه النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم السّدس».

۱- الکافی فقال: «باب من أوصی بسهم من ماله، ۲۶ من أبواب وصایاه»

و قال فی الفقیه بعد نقله لمعتبر السکونی المتقدم: «و قد روی أنّ السّهم واحد من ستّه ثمّ قال: و متی أوصی بسهم من سهام الزکاه کان السّهم واحدا من ثمانیه، و متی أوصی بسهم من سهام المواریث فالسهم واحد من ستّه» ثم قال: و هذان الحدیثان متّفقان غیر مختلفین فتمضی الوصیّه علی ما یظهر من مراد الموصی»(۱) .

اقول: و هو کما تری فإنّما الکلام فی ما أطلق و به صرّح فی الأخبار المتقدّمه و لم ینقل لنا خبرا فی السّدس غیر ما ارسله و هو لاحجیه فیه، و اما ما نقله ابن زهره فالظاهر انه خبر عامّیّ.

هذا و نقل قیلا بالعشر ولم نقف علی قائله نعم ورد ذلک فی خبر طلحه بن زید، عن أبی عبد اللّه، عن أبیه علیهما السّلام: «من أوصی بسهم من ماله فهو سهم من عشره»(۲) وحمله الشیخ علی الوهم فقال: یوشک أن یکون قد وهم الرّاوی سمع هذا فی من أوصی بجزء من ماله فظنّ فی من أوصی بسهم.

اقول: وکیف کان فهو لا یعارض ما تقدم من صحیح صفوان وغیره کما هو واضح.

۱- الفقیه (فی باب الوصیّه بالشی ء من المال و السهم- إلخ»

۲- التّهذیب (فی ۱۱ من أخبار وصیّته المبهمه)

و الشی ء السدس

(و) اما الوصیه ب(الشی ء) فهو (السدس)

کما فی ما رواه المشایخ الثلاثه(۱) باسانید اربعه و فیها الصحیح عن أبان والمراد ابن تغلب کما صرح بذلک الفقیه، عن علیّ بن الحسین علیهما السّلام «سئل عن رجل أوصی بشی ء من ماله، فقال: الشی ء فی کتاب علیّ (علیه السلام) واحد من ستّه»(۲).

حصیله البحث:

تصح الوصـیه بکلّ مقصودٍ یقبل النّقل، و کذلک ما یکون للانسان حق الاختصاص فیه و قابلا للنقل ,و لا یشترط کونه معلوماً و لا موجوداً حال الوصیّه بل یکفی صلاحیته للوجود عاده فی المستقبل، فتصحّ الوصیّه بالقسط و النّصیب و شبهه، و یتخیّر الوارث، فی تعیین ما شاء إذا لم یعلم من الموصـی إراده قـدر معین أو أزید مما عینه الوارث , و أمّا الوصـیه بالمال الکثیر فان اراد المعنی العرفی فهو و اما لو أطلق فثمانون, وکذلک الجزء لو اطلق فالعشر، و السّهم الثّمن و الشّی ء السّدس .

ص:۴۲۹

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۲۰۴ ومعانی الأخبار ص: ۲۱۷ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۴۰ح۱ والتّهذیب فی ۱۲ من أخبار وصیّته المبهمه

و تصح الوصيه بما ستحمله الأمه أو الشجره

(و) حيث لم يشترط فى الموصى به كونه موجودا بالفعل (تصح الوصيه بما ستحمله الأمه أو الشجره)

إما دائما أو فى وقت مخصوص كالسنه المقبله (و بالمنفعه) كسكنى الدار مده معينه أو دائما و منفعه العبد كذلك و شبهه و إن استوعبت قيمه العين.

و لا تصح الوصيه بما لا يقبل النقل

(و لا تصح بما لا يقبل النقل كحق القصاص و حد القذف)

اقول: الشک فى انتقال حق القصاص و حد القذف يكفى فى الحكم بعدم الانتقال لاصاله العدم مضافا الى ما قيل من إن الغرض من الأول تشفى الوارث باستيفائه فلا يتم الغرض بنقله إلى غيره و مثله حد القذف و التعزير للشتم .

(و) مثلهما حق (الشفعه)

لاـ ينتقل بالوصيه لتقومه بالشفيع ويكفى الشک بعدم قابليته للانتقال مضافا الى ما قيل: من ان الغرض منها هو دفع الضرر عن الشريک بالشرکه و لا حظّ للموصى له فى ذلک .

و تصحّ بأحد الكلاب الأربعه

(و تصحّ بأحد الكلاب الأربعه) و الجرو القابل للتعليم لكونها مالا مقصودا (لا بالخنزير و كلب الهراش)

لانتفاء الماليه فيهما , ولذا قال ابن حمزه «إن أوصى بشى ء من نوع فيه ما لا يصحّ تملّكه كانت الوصيّه بما يصحّ تملّكه مثل من أوصى بكلب فإنّه يستحقّ كلب صيد أو زرع أو ماشيه»(۱).

قلت: و قد تقدم الاشكال فيه و قلنا ان اطلاق الايه المباركه دال على امضاء عنوان الوصيه متى ما صدق فيشمل ما لا يُملك اذا كان فيه نفع ما يوجب حق الاختصاص لمن بيده.

نعم دليل الوصيه منصرف عن الوصيه بالحرام كطبل اللهو الذى لا يقبل التغيير عن الصفه المحرمه مع بقاء الماليه.

حصيله البحث:

تصحّ الوصيّه بما ستحمله الأمه أو الشّجره و بالمنفعه، و لا تصحّ الوصيّه بما لا يقبل النّقل كحقّ القصاص و حدّ القذف و الشّفعه، و تصحّ بأحد الكلاب الأربعه

۱- مختلف الشيعه فى أحكام الشريعه؛ ج ۶، ص: ۳۵۶

لا بالخنزير و كلب الهراش، و تصح الوصيه بما لا يُملك اذا كان فيه نفع ما يوجب حق الاختصاص لمن بيده.

و يشترط فی الزّائد عن الثلث اجازه الوارث

(و يشترط فی الزّائد عن الثلث اجازه الوارث و الّا بطل)

كما استفاضت بذلك النصوص المعتبره كصحيح أحمد الأشعریّ قال: «كتب أحمد بن إسحاق إلی أبی الحسن (عليه السلام) إنّ درّه بنت مقاتل توفّيت و تركت ضيعه أشقاصا فی مواضع و أوصت بسيّدها من أشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث و نحن أوصياؤها و أحببنا أن ننهی إلی سيّدنا فإن هو أمر بإمضاء الوصيّه علی وجهها أمضيناها و إن أمر بغير ذلك انتهينا إلی أمره فی جميع ما يأمر به إن شاء اللّه، قال: فكتب (عليه السلام) بخطّه: ليس يجب لها من تركتها إلّا الثلث و إن تفضّلتم و كنتم الورثه كان جائزا لكم إن شاء اللّه»(1).

و صحيح محمّد بن قيس، عن الباقر (عليه السلام) «كان أمير المؤمنين (عليه السلام) يقول لأنّ أوصی بخمس مالی أحبّ إلیّ من أوصی بالرّبع، و لأنّ أوصی بالرّبع أحبّ إلیّ من أن أوصی بالثلث، و من أوصی بالثلث فلم يترك، و قضی أمير المؤمنين (عليه السلام) فی رجل توفّی و أوصی بماله كلّه أو أكثره فقال: إنّ الوصيّه تردّ إلی المعروف غير المنكر، فمن ظلم نفسه و أتی فی وصيّته المنكر و الحيف فإنّها تردّ إلی

١- الكافی (فی باب ما للإنسان أن يوصی به، ۶ من أبواب وصاياه)

المعروف و يترك لأهل الميراث ميراثهم، و قال: من أوصى بثلث ماله فلم يترک و قد بلغ المدى- الخبر».

و صحيح حمّاد بن عثمان، عن الصّادق (عليه السلام) «من أوصى بالثلث فقد أضرّ بالورثه و الوصيّه بالخمس و الرّبع أفصل من الوصيّه بالثلث و من أوصى بالثلث فلم يترک».

لكن ظاهر عليّ بن بابويه جواز الوصيّه بالكلّ فإن أوصى بالثلث فهو الغايه فى الوصيّه فإن أوصى بماله كلّه فهو أعلم بما فعله، و يلزم الوصى إنفاذ وصيّه على ما أوصى، و استدلّ له بخبر عمّار بن موسى، عن أبى عبد اللّه (عليه السلام) قال: «الرجل أحقّ بما له ما دام فيه الرّوح إن أوصى به كلّه فهو جائز له»(١).

اقول: و هو ضعيف سندا ومن اخبار عمار المعروفه بالشذوذ و لذا حمله الشيخ على محامل متعدده لكن الظاهر منه ان أوصى فيه بمعناه اللّغوى كقوله تعالى {يُوصِيكُمُ اللّهُ فِى أَوْلادِكُمْ} و بقرينه قوله « ما دام فيه الرّوح » فالمراد إن أمر به كلّه لغيره ما دام فيه الروح كان جائزا، و هو الذى فهمه الكلينىّ حيث رواه فى ذاک الباب.

و قد يستدل له بخبر محمد بن عبدوس: «اوصى رجل بتركته متاع و غير ذلک لأبى عبد اللّه (عليه السلام) فكتب اليه: رجل اوصى إلىّ بجميع ما خلّف لک و خلّف ابنتى

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ٧، ص: ٧ح١

اخت له فرأيک فی ذلک فکتب إلیّ: بع ما خلّف و ابعث به إلیّ فبعت و بعثت به الیه فکتب إلیّ: قد وصل»(۱).

و موثقه علی بن الحسن بن فضال: «مات محمد بن عبد اللّه بن زراره و أوصی الی اخی احمد بن الحسن و خلّف دارا و کان اوصی فی جمیع ترکته ان تباع و یحمل ثمنها الی ابی الحسن (علیه السلام) فباعها فاعترض فیها ابن اخت له و ابن عم له فاصلحنا امره بثلاثه دنانیر. و کتب الیه احمد بن الحسن و دفع الشی ء بحضرتی الی ایوب بن نوح فاخبره انه جمیع ما خلف و ابن عم له و ابن اخته عرض و اصلحنا امره بثلاثه دنانیر فکتب: قد وصل ذلک و ترحّم علی المیت و قرأت الجواب»(۲).

اما الاولی فهی ضعیفه السند بمحمد بن عبدوس فانه مهمل و قد تحمل علی صوره اجازه الورثه.

و اما الموثقه فلا یبعد نظرها الی صوره اجازه الورثه و جلب رضاهم بثلاثه دنانیر و الّا فهی معرض عنها ولا یمکن ان تعارض تلک النصوص المعتبره.

هذا و فصّل ابن حمزه فی أفضلیّه الرّبع و الخمس، فقال: إن کان الوارث غنیّا فالثلث أولی. و متوسّطا فالرّبع أولی، و فقیرا فالخمس أولی» و هو و ان کان قریبا الی صحیح حماد المتقدم لکنه لا شاهد علی هذا التفصیل.

ص:۴۳۴

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۳۶۹ الباب ۱۱ من أحکام الوصایا الحدیث ۱۶

۲- وسائل الشیعه ۱۳: ۳۶۹ الباب ۱۱ من أحکام الوصایا الحدیث ۱۷

(و تکفی) الإجازه (حال حیاه الموصی)

ذهب إلی کفایتها الإسکافیّ و الشیخ حیث قال: «باب فی من أوصی بأکثر من الثلث و ورثته شهود فأجازوا ذلک هل لهم أن ینقضوا ذلک بعد موته» ثم روی صحیح محمّد بن مسلم، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «فی رجل أوصی بوصیّه و ورثته شهود فأجازوا ذلک، فلمّا مات الرّجل نقضوا الوصیّه هل لهم أن یردّوا ما أقرّوا به؟ فقال: لیس لهم ذلک، و الوصیّه جائزه علیهم إذا أقرّوا بها فی حیاته»(۱) و صحیح صفوان(۲) و غیرهما, و هو ظاهر الکافی حیث اعتمد الصحیحین المتقدمین(۳).

قلت: و لا معارض لها کما و لا مانع من العمل بها فالواجب الفتوی بها و إن قال المفید و الدّیلمیّ و ابن حمزه و الحلیّ بعدم الکفایه لعدم استحقاق الوارث المال حینئذ و هو اجتهاد قبال النص , مع أنّ العمانی و القاضی و ابن زهره أطلقوا صحّه الوصیّه بأکثر من الثلث بالإجاره.

هذا و یعتبر فی المجیز جواز التصرف فلا عبره بإجازه الصبی و المجنون و السفیه أما المفلس فإن کانت إجازته حال الحیاه نفذت إذ لا ملک له حینئذ و إنما إجازته تنفیذ لتصرف الموصی .

ص:۴۳۵

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۹۳ح۷

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۹۳ح۸

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۲

و لو كانت الاجازه بعد الموت فقيل: فى صحتها وجهان مبناهما على أن التركه هل تنتقل إلى الوارث بالموت و بالإجازه تنتقل عنه إلى الموصى له و عليه فلا تنفذ لتعلق حق الغرماء بالتركه قبل الإجازه. أم تكون الإجازه كاشفه عن سبق ملكه فهى تكشف عن سبق ملك الموصى له بتمليك الموصى من حين الوصيه لا الموت فاجازته تنفيذ لتصرف الموصى لا ابتداء عطيّه .

قلت: لا ـ وجه للاحتمال الثانى من كون الاجازه كاشفه لعدم الدليل عليه و ان من قال به, قال به فى البيع بتوهم دلاله صحيحه محمد بن قيس عليه و اما فى المقام فلا دليل عليه فيسقط الاحتمال الثانى.

و المعتبر بالتركه حين الوفاه

(و المعتبر بالتركه) بالنظر إلى مقدارها ليعتبر ثلثها (حين الوفاه)

لا حين الوصيه و لا ما بينهما لأنه وقت تعلق الوصيه بالمال , فلو اوصى شخص بعين و كانت بمقدار نصف امواله حين الوصيه و صارت بمقدار الثلث حين الموت صحت الوصيه فى تمامها. و اذا انعكس الامر فكانت بمقدار الثلث حين الوصيه و ازيد منه حين الوفاه نفذت بمقدار الثلث و توقفت فيما زاد على اجازه الورثه.

(فلو قتل فأخذت ديته حسبت) الديه (من تركته)

ص:۴۳۶

و اعتبر ثلثها لثبوتها بالوفاه و إن لم تكن عند الوصيه كما ورد فی صحیح محمّد بن قیس، عن أبی جعفر (علیه السلام) قلت: «رجل أوصی لرجل بوصیّه فی ماله ثلث أو ربع فقتل الرّجل خطأ یعنی الموصی؟ فقال: یحاز لهذه الوصیّه من میراثه و من دیته»(۱).

و معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام): قال أمیر المؤمنین (علیه السلام): «من أوصی بثلث ما له ثمّ قتل خطأ، فإنّ ثلث دیته داخل فی وصیّته»(۲).

و لو أوصی بما یقع اسمه علی المحلل و المحرم

(و لو أوصی بما یقع اسمه علی المحلل و المحرم) وقد تقدم عدم صحه الوصیه فی المحرم (صرف الی المحلل)

حملا لتصرف المسلم علی الصحیح المعبر عنه باصاله الصحه فی فعل المسلم (کالعود) و له عود لهو و عیدان قسی و عیدان عصی و عیدان السقف و البنیان (و الطبل) و له طبل لهو و طبل حرب بناء علی حلیته فی الحرب.

قال المبسوط: «إطلاق قوله: «عید من عیدانی» ینصرف إلی العود الذی یضرب به للّهو لأنّ ذلک یسمّی بالإطلاق عودا فی العاده، ثمّ ینظر فإن کان له منفعه مباحه

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۶۳ح۲۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۱ح۷

غیر الضرب صحّت الوصیّه، و إن لم یکن له منفعه مباحه و لا یصلح إلّا للعب بطلت الوصیّه».

و عن ابن حمزه: « وکذلک لو أوصی بطبل یستحقّ طبل حرب، و أمّا إن أوصی بعود لم یصحّ». قلت: و یظهر من المبسوط و ابن حمزه عدم جریان اصاله الصحه مع وجود الانصراف , و هو الصحیح لعدم الشک مع الانصراف.

حصیله البحث:

یشترط فی الزّائد عن الثّلث إجازه الوارث، و تکفی حال حیاه الموصی، و لو کانت الاجازه بعد الموت لم تصح, و المعتبر بالتّرکه حین الوفاه، فلو قتل فأخذت دیته حسبت من ترکته، و لو أوصی بما یقع اسمه علی المحرّم و المحلّل صرف إلی المحلّل کالعود و الطّبل ان لم یکن هنالک انصراف الی احدهما و الّا عمل علیه .

و یتخیر الوارث فی المتواطئ

(و یتخیّر الوارث فی المتواطئ)

و هو المقول علی معنی یصدق علی کثیرین (کالعبد و فی المشترک) و هو المقول علی معنیین فصاعدا بالوضع الأول (کالقوس) لأن الوصیه بالمتواطئ وصیه بالماهیه الصادقه بکل فرد من الأفراد کالعبد لأن مدلول اللفظ فیه هو

ص:۴۳۸

الماهيه الكليه و خصوصيات الأفراد غير مقصوده إلّا تبعا فيتخير الوارث فى تعيين أى فرد شاء لوجود متعلق الوصيه فى جميع الأفراد و كذا المشترك لأن متعلق الوصيه فيه هو الاسم و هو صادق على ما تحته من المعانى حقيقه فتحصل البراءه بكل واحد منها و بذلك قال الحلىّ.

و فصل المبسوط ما حاصله بالعمل بالاطلاق ان لم يكن هنالك انصراف او قرينه معينه(۱).

و الجمع يحمل على الثلاثه

(و الجمع يحمل على الثلاثه، جمع قلّه كان كأعبد أو كثره كالعبيد)

إذا كان ذلك من متعارف النّاس و إذا كان من لغوى يراعى فى استعمالاته قواعد اللّغه فالعبيد يحمل فى كلامه على العشره.

و لو أوصى بمنافع العبد دائما

(و لو أوصى بمنافع العبد دائما أو بثمره البستان دائما قوّمت المنفعه على الموصى له و الرقبه على الوارث ان فرض لها قيمه)

اقول: نقل المبسوط عن العامّه قولين أحدهما ما قاله المصنف و الثانى تقويم المنفعه و الرقبه على الموصى له مطلقا و قوّاه.

۱- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ۴، ص: ۲۱

و نقل المبسوط قولا- آخر: و هو تقوّم المنفعه على الموصى له و سقوط الرّقبه رأسا من القيمه، و ذلك لأنّ الرّقبه إذا كانت مسلوبه المنافع لا قيمه لها فإن ما لا منفعه فيه كالحشرات لا قيمه لها فى الشرع و لا فى العاده.

اقول: و الصحيح هو إن رضى الورّاث بإعمال الوصيه بلا مطالبه منهم للعين فهو و الّا فهم يملكون العين و لا يسقط حقهم منها لكونها مسلوبه المنفعه و يشهد لذلك انه لو كانت المنفعه مجرده عن العين مساويه للثلث و مع العين زائده على الثلث فلا ريب فى بطلان الوصيه فى الزائد على الثلث و بذلك يظهر ضعف ما قيل من «أنّ الرّقبه إذا كانت مسلوبه المنافع لا قيمه لها» و قول المصنف «ان فرض لها قيمه», و عليه فلو كان استحصال المنفعه موجبا لسقوط حق الوارث من العين فالاقوى بطلان الوصيه فى الزائد على الثلث كما لو اوصى بمنافع داره وكانت المنافع تسوى ۳۰۰ دينار وقيمه الدار ۹۰۰ دينار فالقول بنفوذ هذه الوصيه يساوى كون الوصيه ب ۹۰۰ دينار يعنى سقوط حق الوارث من العين بالمره فالقول بذلك يساوى القول بصحه الوصيه بكل المال يعنى ۹۰۰ دينار و لا ريب ببطلانه, و عليه فلابد من تقويم المنافع الدائميه الحاصله بالتدريج فان زادت على ثلث المال كان الموصى له شريكا لصاحب العين بمقدار الثلث و الّا كان شريكا له بما قومت.

حصيله البحث:

يتخيّر الوارث فى المتواطئ كالعبد و فى المشترك كالقوس ان لم يكن انصراف فى البين، و الجمع يحمل على الثّلاثه قلّهً كان كأعبدٍ أو كثرهً كالعبيد إذا كان

ذلک من متعارف النّاس و إذا کان من لغوی یراعی فی استعمالاته قواعد اللّغه فالعبید یحمل فی کلامه علی العشره، و لو أوصی بمنافع العبد دائماً أو بثمره البستان دائماً فالاقوی انه إن رضی الورّاث بإعمال الوصیه بلا مطالبه منهم للعین فهو و الّا فهم یملکون العین و لا یسقط حقهم منها لکونها مسلوبه المنفعه و علیه فلابد من تقویم المنافع الدائمیه الحاصله بالتدریج فان زادت علی ثلث المال کان الموصی له شریکا للورّاث بمقدار الثلث و الّا کان شریکا لهم بما قومت .

و لو أوصی بعتق مملوکه و علیه دین قدم الدین

(و لو أوصی بعتق مملوکه و علیه دین قدم الدین) من أصل المال الذی من جملته المملوک (و عتق من الفاضل) عن الدین من جمیع الترکه بمقدار (ثلثه)

ای الفاضل , ذهب إلی ما قاله فی الوصیّه بالعتق بدون تفصیل فی قیمه المملوک الحلیّ , و لکن الشیخ و القاضی اشترطا فیه أیضا کون قیمته الضعف قال الأوّل: «إذا أوصی الإنسان بعتق مملوک له و کان علیه دین فإن کان قیمه العبد ضعفی الدّین استسعی العبد فی خمسه أسداس قیمته ثلاثه أسهم للدّیان و سهمان للورثه و سهم له، و إن کانت قیمته أقلّ من ذلک بطلت الوصیّه»(1) و مثله الثانی .

ص:441

1- النهایه ص 611

قلت: و قد تقدم الكلام فى ذلك(۱) و ان الاقوى صحه الوصيه ان كانت قيمته على الضعف من الثلث الذى وصّى له به و الّا بطلت الوصيه.

(و لو نجز عتقه) فى مرضه (فإن كانت قيمته ضعف الدين صح العتق) فيه أجمع (و سعى فى قيمه نصفه للديان، و فى ثلثه) الذى هو ثلثا النصف الباقى عن الدين (للوارث)

لأن النصف الباقى هو مجموع التركه بعد الدين، فيعتق ثلثه و يكون ثلثاه للورثه، كما قال به الصدوق فى المقنع، و المفيد فى المقنعه، لكنّهما عبّرا بعتق سدسه و كون نصفه للغرماء و ثلثه للورثه، و به قال الإسكافى لكن قال: استسعى فى النصف للغرماء و الثلث للورثه، و هو المفهوم من الكافى حيث اعتمد صحيح عبد الرّحمن بن الحجّاج سألنى أبو عبد اللّه (عليه السلام): «هل يختلف ابن أبى ليلى و ابن شبرمه، فقلت: بلغنى أنّه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه دينا كثيرا و ترك مماليك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت فسألهما عيسى بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمه: أرى أن تستسعيهم فى قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء فإنّه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبى ليلى أرى أن أبيعهم و أدفع أثمانهم إلى الغرماء، فإنّه ليس له أن يعتقهم عند موته و عليه دين يحيط بهم- إلى- فقال: أما و اللّه إنّ الحقّ، الذى قال ابن أبى ليلى و إن كان قد رجع عنه فقلت له: هذا ينكسر عندهم فى القياس، فقال: هات قايسنى، فقلت: أنا أقايسك؟ فقال: لتقولنّ بأشدّ ما يدخل

۱- ص ۴۰۴

فیه من القیاس، فقلت له: رجل ترک عبدا لم یترک مالاً غیره و قیمته ستّمائه درهم و دینه خمسمائه درهم فأعتقه عند الموت کیف یصنع؟ قال: یباع العبد و یأخذ الغرماء خمسمائه درهم و یأخذ الورثه مائه درهم، فقلت: أ لیس قد بقی من قیمه العبد مائه درهم عن دینه؟ فقال: بلی، قلت: أ لیس للرّجل ثلثه یصنع به ما یشاء. قال: بلی، قلت: أ لیس قد أوصی للعبد بالثلث من المائه حین أعتقه؟ فقال:إنّ العبد لا وصیّه له إنّما ماله لموالیه، فقلت له: فإذا کان قیمه العبد ستّمائه درهم و دینه أربعمائه درهم؟ قال: کذلک یباع العبد فیأخذ الغرماء أربعمائه درهم، و یأخذ الورثه مائتین فلا یکون للعبد شی ء، قلت له: فإنّ قیمه العبد ستّمائه درهم و دینه ثلاثمائه درهم فضحک و قال: من ههنا أتی أصحابک جعلوا الأشیاء شیئا واحدا، و لم یعلموا السّنّه إذا استوی مال الغرماء و مال الورثه أو کان مال الورثه أکثر من مال الغرماء لم یتّهم الرّجل علی وصیّته و أجیزت وصیّته علی وجهها فالآن یوقف هذا فیکون نصفه للغرماء و یکون ثلثه للورثه، و یکون له السدس»(۱).

و صحیح جمیل بن درّاج، عن زراره، عن أحدهما علیهما السّلام «فی رجل أعتق مملوکه عند موته و علیه دین، قال: إن کان قیمته مثل الذی علیه و مثله جاز عتقه و إلّا لم یجز»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۲۶ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۲۷ح۲

و موثق الحسن بن الجهم، عن أبی الحسن (علیه السلام) فی رجل أعتق مملوکا له و قد حضره الموت و أشهد له بذلک و قیمته ستّمائه درهم و علیه دین ثلاثمائه درهم و لم یترک شیئا غیره؟ قال: یعتق منه سدسه لأنّه إنّما له منه ثلاثمائه درهم و یقضی منه ثلاثمائه درهم فله من الثلاثمائه ثلثها و هو السّدس من الجمیع»(۱) .

فهذه ثلاثه أخبار معتبره سندا بلا معارض و الواجب العمل بها، و قول الحلیّ ساقط و منجّزات المریض و إن کانت من الأصل علی الأصحّ لکن شرط کون القیمه ضعف الدّین لیس تحت قاعده بل حکم خاصّ وردت به السنّه کما عرفته من صحیح عبد الرّحمن بن الحجّاج، و قال فی المقنعه بعد ذکر الاشتراط: «بهذا جاء الأثر عن آل محمّد علیهم السّلام».

هذا و ظاهر الشیخ و القاضی و ابن حمزه و ابن زهره کون نصفه للغرماء یستسعی لهم و نصفه له و لا شی ء للورثه، قال الأوّل فی نهایته «و إذا أعتق الرّجل مملوکه عند موته و علیه دین فإن کان ثمن العبد ضعفی ما علیه من الدّین مضی العتق و استسعی العبد فی قضاء دین مولاه و إن کان ثمنه أقلّ من ضعفی الدّین کان العتق باطلا».

و قال الثانی فی مهذّبه: «إذا أعتق عبده عند موته و علیه دین و کان ثمن العبد ضعفی ما علیه من الدّین کان عتقه ماضیا و استسعی العبد فی قضاء ما علی سیّده من الدّین، و إن کان ثمنه أقلّ من ضعفی الدّین کان العتق باطلا».و مثله الأخیران،

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۲۷ح۳

و لعلّهم استندوا إلی صحیح زراره، عن الصّادق (علیه السلام):«إذا ترک الذی علیه و مثله أعتق المملوک و استسعی»(1)، لکنه مجمل من حیث کون عتقه منجّزا أو بالوصیّه.

و مثله ما عن حفص بن البختری، عنه (علیه السلام): «إذا ملک المملوک سدسه استسعی و أجیز» و هو أیضا مجمل و یحملان علی المفصّل الذی تضمّن العتق المنجّز.

و صحیح الحلبیّ قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام) «رجل قال: إن متّ فعبدی حرّ و علی الرّجل دین، فقال: إن توفّی و علیه دین قد أحاط بثمن الغلام بیع العبد و إن لم یکن قد أحاط بثمن العبد استسعی العبد فی قضاء دین مولاه و هو حرّ إذا أوفی»(2) و هو مطلق یحمل علی المقید من النصوص المتقدمه.

و أنکر ذلک کلّه الحلیّ فلم یشترط کون القیمه الضعف و لا کون شی ء للغرماء و لا للورثه بل یکون عتقه صحیحا لأنّ الإنسان مسلّط علی ما له قبل موته .

۱- التّهذیب (فی ۳۴ من أخبار باب الإقرار فی المرض، أوّل وصایاه)

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج۸ ص۲۳۲ح۷۲

و لو أوصى بعتق ثلث عبیده أو عدد مبهم

(و لو أوصى بعتق ثلث عبیده أو عدد مبهم استخرج بالقرعه)

كما فی صحیح محمّد بن مروان الذی رواه المشایخ الثلاثه عن الشیخ (علیه السلام) «أنّ أبا جعفر (علیه السلام) مات و ترک ستّین مملوکا فأعتق ثلثهم، فأقرعت بینهم و أخرجت الثلث»(۱)وسنده باحد طرق الفقیه صحیح(۲).

و صحیح حریز، عن محمّد بن مسلم عن الصّادق (علیه السلام) «فی الرّجل یکون له المملوکون فیوصی بعتق ثلثهم، قال: کان علیّ (علیه السلام) یسهم بینهم»(۳).

ثمّ الصحیحان دالّان بالالتزام على حكم العدد المبهم فإنّه إذا كان للباقر (علیه السلام) ستّین مملوكا و أوصى بعتق ثلثهم كان لازمه أنّه (علیه السلام) أوصى بعتق عشرین من ممالیکه الستّین و لا- فرق بین التعبیرین فی الحكم فما قیل: «یتخیّر الوارث فی الثانی لأنّ متعلّق الوصیّه متواط فیتخیّر فی تعیینه الوارث كمّا سبق و لأنّ المتبادر

۱- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۸ح۱۱ و رواه فی ص: ۵۵ح۱۲ بسند اخر عن الصّادق (علیه السلام)، و فیه «فأخرجت عشرین فأعتقهم» . وتهذیب الأحكام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۲۴۰ح۲۲

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۲۱۵ وسنده صحیح و ج ۳، ص: ۱۱۹ و یظهر من مجموعها أنّ المراد بالشیخ فی ما ورد فیه الصّادق (علیه السلام) و تفسیر الفقیه له فی وصایاه بالكاظم (علیه السلام) فاضطرّ إلى زیاده «عن أبیه» و هم.

۳- تهذیب الأحكام (تحقیق الخرسان)، ج ۶، ص: ۲۴۰ح۲۱

من اللّفظ هو الاكتفاء بعتق أيّ عدد كان من الجميع فيحمل عليه و هو قويّ» فی غیر محلّه مع أنّ لفظ الثلث أيضا متواط كالعشرين، و لفظ خبر عتق الفقيه و التّهذيب «و أوصى بعتق ثلثهم فأقرعت بينهم فأخرجت عشرين فأعتقتهم» «فعبّر أوّلا بالثلث و أخيرا بالعشرين».

و لو أوصى بأمور فإن كان فيها واجب قدم

(و لو أوصى بأمور فإن كان فيها واجب قدم)

و لو كان الواجب متعدّدا فالواجب الجمع بينهما مهما أمكن , ويدل على تقدّم الواجب صحيح معاويه بن عمّار قال: «أوصت إليّ امرأه من أهلي بثلث مالها و أمرت أن يعتق و يحجّ و يتصدّق، فلم تبلغ ذلك فسألت أبا حنيفه عنها فقال: تجعل أثلاثا ثلث في العتق و ثلث في الحجّ و ثلث في الصدقه فدخلت على أبي عبد اللّه (عليه السلام) فقلت:إنّ امرأه من أهلي مات و أوصت إليّ بثلث مالها و أمرت أن يعتق عنها و يتصدّق و يحجّ عنها فنظرت فيه فلم يبلغ، فقال: ابدأ بالحجّ فإنّه فريضه من فرائض اللّه عزّ و جلّ و تجعل ما بقي طائفه في العتق و طائفه في الصدقه فأخبرت أبا حنيفه بقول أبي عبد اللّه (عليه السلام) فرجع عن قوله، و قال بقوله (عليه السلام) »(۱).

۱- الكافي (في باب من أوصى بعتق أو صدقه أو حجّ، ۱۳ من وصاياه في خبره ۱۴)

و صحیح معاویه ابن عمّار، قلت له: «رجل یموت و علیه خمسمائه درهم من الزکاه و علیه حجّه الإسلام و ترک ثلاثمائه درهم و أوصی بحجّه الإسلام و أن یقضی عنه دین الزکاه، قال: یحجّ عنه من أقرب ما یکون و یخرج البقیّه فی الزکاه»(۱) وغیرهما.

(و الّا بدء بالأول حتی یستوفی الثلث)

و أمّا الابتداء بالأوّل فالأوّل حتّی یستوفی الثلث کما هو مقتضی قوله تعالی {فمن بدله بعد ما سمعه...} و صحیح ابن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن ابی جمیله عن حمران، عن أبی جعفر (علیه السلام) «فی رجل أوصی عند موته أعتق فلانا و فلانا و فلانا و فلانا و فلانا، فنظرت فی ثلثه فلم یبلغ أثمان قیمه الممالیک الخمسه الّتی أمر بعتقهم، قال: ینظر إلی الّذین سمّاهم و یبدء بعتقهم فیقوّمون و ینظر إلی ثلثه فیعتق منه أوّل شی ء، ثمّ الثانی، ثمّ الثالث، ثمّ الرّابع، ثمّ الخامس فإن عجز الثلث کان فی الذی سمّی أخیرا لأنّه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا یملک فلا یجوز له ذلک»(۲).

حصیله البحث:

۱- الکافی «فی باب قضاء الزکاه عن المیّت»

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۹ح۱۵

لو أوصـى بعتق مملوكه و عليه دينٌ قدّم الدّين و عتق من الفاضل ثلثه ان كانت قيمته على الضـعف من الثلث الذى وصّى له به و الّا بطلت الوصيه، و لو نجّز عتقه فإن كانت قيمته ضعف الدّين صحّ العتق و سعى فى نصفه للدّيّان و فى ثلثه للوارث، و لو أوصى بعتق ثلث عبيـده أو عددٍ مبهمٍ منهم استخرج منهم بالقرعه، و لو أوصـى بأمورٍ فإن كان فيها واجبٌ قدّم و إلّا بدئ بالأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثّلث و لو كان الواجب متعدّدا فالواجب الجمع بينهما مهما أمكن .

حكم ما لو رتب

(و لو رتب ثم قال: أبدؤا بالأخير أو بغيره اتبع الأخير)

و أمّا ما قاله من أنّه لو رتّب و قال: ابدءوا بالأخير فلأنّه يصير الآخر أوّلاً حينئذ فيقدّم .

(و لو لم يرتب بسط الثلث على الجميع)

كمـا لو قال: أعطوا الجماعه الفلانيّه المبلغ الفلانى، فلانّ ورود النقص على كلّهم مقتضـى القاعـده لأنّهم حينئـذ كالواحـد، فكما يرد على الواحد نقص، الزائد فكذلك على الجمع.

و أمّا قول ابن حمزه: إن كانت الوصيّه بأمور فى وقتين قدّم الأخير مع الزّياده على الثلث» فبلا وجه مع عدم النسخ، نعم ما قاله من أنّه «إن لم ينصّ قدّم الأوّل فالأوّل حتّى يستوفى الثلث و إن اشتبه أخرج بالقرعه» وجيه.

ص:۴۴۹

و لو أجاز الورثه ما زاد فادعوا ظن القله

(و لو أجاز الورثه ما زاد فادعوا) بعد الإجازه (ظن القله) أى قله الموصى به و أنه ظهر أزيد مما ظنوه (فإن كان الإيصاء بعين لم يقبل منهم) لأن الإجازه وقعت على معلوم لهم فلا تسمع دعواهم أنهم ظنوا زيادته عن الثلث بيسير مثلا فظهر أزيد أو ظنوا أن المال كثير .

(و إن كان) الإيصاء (بجزء شائع) فى التركه (كالنصف قبل) قولهم (مع اليمين) عند المصنف و استدل له بجواز بنائهم على أصاله عدم زياده المال فظهر خلافه.

قلت: اولا: لا فرق بين الأمرين مع احتمال الصدق و عدمه، و يمكن العكس بأن يكون الورثه مطّلعين كاملا من التركه و جاهلين بقيمه العين.

ثانيا: لاحجيه فى اصاله عدم الزياده لانها من العدم الازلى لا النعتى.

ثالثا: مضافا الى كونهم مدعين بعد نفوذ اجازتهم فلا يقبل قولهم الّا بالبينه.

و يدخل فى الوصيّه بالسيف جفنه و حليته

(و يدخل فى الوصيّه بالسيف جفنه) و هو غمده (و حليته) لشمول اسمه لها عرفا (و بالصندوق أثوابه) الموضوعه فيه و كذا غيرها من الأموال المظروفه (و بالسفينه متاعها) الموضوع فيها عند الأكثر و مستنده صحيح البزنطى وهو من اصحاب الاجماع عن أبى جميله الذى رواه المشايخ الثلاثه عن الرضا (عليه السلام): «سألته عن

رجل أوصى لرجل بسيف و كان فى جفن و عليه حليه, فقال له الورثه: إنّما لك النصل و ليس لك المال، قال فقال: لا بل السيف بما فيه له، قال: فقلت: رجل أوصى لرجل بصندوق و كان فيه مال فقال الورثه: إنّما لك الصندوق و ليس لك المال، قال: فقال أبو الحسن (عليه السلام): الصندوق بما فيه له»(۱).

و خبر عقبه بن خالد، عن الصّادق (عليه السلام) «سألته عن رجل قال هذه السفينه لفلان و لم يسمّ ما فيها و فيها طعام أ يعطاها الرّجل و ما فيها؟ قال هى للّذى أوصى بها إلّا أن يكون صاحبها متّهما و ليس للورثه شى ء»(۲) و رواه الفقيه لكن فيه بدل «متّهما» «استثنى ما فيها» كذا فى المصحّحه، و فى نسخه و نقل الوسائل و الوافى «استثنى ممّا فيها» و يشهد لما قلنا أنّ المقنع و الهدايه أيضا بلفظ «ما فيها» و كذا الرّضوىّ و لا يخفى ان الأصل واحد.

و فى خبر علىّ بن عقبه، عن أبيه قال: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن رجل أوصى لرجل بصندوق و كان فى الصندوق مال، فقال الورثه: إنّما لك الصندوق و ليس لك ما فيه، فقال الصندوق بما فيه له»(۳).

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۴۴ح۱ والتّهذيب فى ۱۴ من وصيّته المبهمه، والفقيه فى باب الرّجل يوصى لرجل بسيف أو صندوق أو سفينه.

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۴۴ح۲

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۴۴ح۴

هذا و عمل بها الإسکافیّ و الصدوق و الشیخان و الحلبیّ و القاضی و ابن حمزه و ابن ادریس، و بعمل الاصحاب ینجبر ضعفها السندی و علیه فهو الاقوی و ان کان العرف قد یقضی بخلافه و حقیقه الموصی به مخالفه للمظروف .

(الّا مع القرینه) فیعمل بها بلا ریب .

و لو عقب الوصیّه بمضادّها عمل بالأخیره

(و لو عقب الوصیه بمضادّها عمل بالأخیره)

لأنها ناقضه للأولی و الوصیه جائزه من قبله فتبطل الأخیره ما قبلها، ویشهد لذلک مرسل یونس: «قال علیّ بن الحسین علیهما السّلام: للرّجل أن یغیّر وصیّته فیعتق من کان أمر بملکه، و یملک من کان أمر بعتقه، و یعطی من کان حرمه، و یحرم من کان أعطاه ما لم یمت»(۱).

و لو أوصی بعتق رقبه مؤمنه وجب

(و لو أوصی بعتق رقبه مؤمنه وجب فان لم توجد) وحصل له الیأس (أعتق من لا یعرف بنصب)

کما أفتی به الشّیخ وهو ظاهر الصدوق و الکلینیّ أیضا، فروی الثانی صحیح ابن ابی عمیر و هو من اصحاب الاجماع عن علیّ بن أبی حمزه «سألت أبا الحسن

۱- الکافی (فی باب الرّجل یوصی بوصیّه ثمّ یرجع عنها، ۸ من وصایاه)

(علیه السلام) عن رجل أوصی بثلاثین دینارا یعتق بها رجل من أصحابنا، فلم یوجد بذلک قال: یشتری من النّاس فیعتق»(۱).

و روی ثانیا خبر اخر لابن ابی حمزه أیضا: «سألت عبدا صالحا (علیه السلام) عن رجل هلک فأوصی بعتق نسمه مسلمه بثلاثین دینارا فلم یوجد له بالّذی سمّی قال: ما أری لهم أن یزیدوا علی الذی سمّی، قلت: فإن لم یجدوا قال: فلیشتروا من عرض النّاس ما لم یکن ناصبیّا»(۲) وبهما عمل الفقیه(۳).

و خالف القاضی وان ادریس فاوجبا العمل بالوصیّه مهما أمکن بلا تبدیل لها , و فیه: انه بعد موثوقیه الخبر المتقدم لا وجه له هذا اذا قلنا بعدم وثاقه ابن ابی حمزه و الصحیح وثاقته کما تقدم .

و لو ظنها مؤمنه فأعتقها کفی

(و لو ظنها مؤمنه فأعتقها کفی و ان ظهر خلافه)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۸ح۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۸ح۱۰

۳- الفقیه فی باب الوصیّه بالعتق، ح ۱۱ و ۱۲

و یشهد لذلک ما فی صحیح عمّار بن مروان، عن الصّادق (علیه السلام) , فی خبر «قلت: و أوصی بنسمه مؤمنه عارفه، فلمّا أعتقناه بان لنا أنّه لغیر رشده(۱) فقال: أجزأت عنه، إنّما مثل ذلک مثل رجل اشتری أضحیّه علی أنّها سمینه فوجدها مهزوله فقد أجزأت عنه»(۲).

و لو أوصی بعتق رقبه بثمن معیّن وجب

(و لو أوصی بعتق رقبه بثمن معیّن وجب، و لو تعذر إلّا بأقل أشتری و عتق و دفع الیه ما بقی)

و یشهد لذلک صحیح سماعه بناءً علی امامیه سماعه کما هو الصحیح عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل أوصی أن أعتق عنه نسمه بخمسمائه درهم من ثلثه فأشتری نسمه بأقلّ من خمسمائه درهم و فضلت فضله، فما تری؟ قال: تدفع الفضله إلی النسمه من قبل أن تعتق، ثمّ تعتق عن المیّت»(۳) و به افتی الاصحاب.

۱- یقال: هذا ولد رشده إذا کان لنکاح صحیح کما یقال فی ضده: ولد زنیه- بالکسر- فیهما (النهایه).

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۶۲ح۱۷

۳- الکافی (فی باب من أوصی بعتق، ۱۳ من وصایاه فی خبره ۱۳)

و الصحيح كما ترى ظاهر فى جواز الشراء بأقلّ من ثمن عيّن الموصى و لا يشترط التعذّر فى جواز الشراء بالأقلّ كما قال المصنف، و تضمّن أنّه يدفع إليه ما بقى قبل عتقه.

حصيله البحث:

لو لم يرتّب الموصى فى الوصيه بسط الثّلث على الجميع كما لو قال: أعطوا الجماعه الفلانيّه المبلغ الفلانى، و لو أجاز الورثه فادّعوا ظنّ القلّه لم يقبل منهم، سواء كان الإيصاء بجزءٍ شائعٍ كالنّصف او كان بعينٍ, و يدخل فى الوصيّه بالسّيف جفنه و بالصّندوق أثوابه و بالسّفينه متاعها إلّا مع القرينه، و لو عقّب الوصيّه بمضادّها عمل بالأخيره، و لو أوصى بعتق رقبهٍ مؤمنهٍ وجب، فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصبٍ، و لو ظنّها مؤمنهً كفى و إن ظهر خلافه، و لو أوصى بعتق رقبهٍ بثمنٍ معيّنٍ وجب، و يجوز الشراء بالأقلّ و يعتق ثم يدفع إليه ما بقى.

الفصل الثالث: فى الأحكام

صحه الوصيّه للذمّى و إن كان أجنبيا

(تصح الوصيّه للذمّى و ان كان أجنبيا بخلاف الحربى و ان كان رحما و كذا المرتد) و الاقوى الصحه مطلقا.

و فى المسأله أربعه أقوال:

ص:۴۵۵

أحدها: التفصيل بالصحّه للذّمّی مطلقا و عدمها للحربی مطلقا، و هو للشیخ فی الخلاف ولعله استند الی قوله تعالی { لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُم مِن دِيَارِكُمْ أَن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِين * إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِن دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَى إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ وَمَن يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ }(۱) وفیه: ان صریح الایه الثانیه ان النهی بالنسبه للّذِينَ قَاتَلُونا فِي الدّين مختص بالتولی { أَن تَوَلَّوْهُمْ } لا بالبر والصدقه.

الثانی: التفصیل بین الرّحم و غیره، و هو للشیخ فی المبسوط و النهایه و لإبنی حمزه و زهره، و الأصل فیه المفید، قلت: ولا شاهد له بل نقل أنّ الأسیر الذی تصدّق علیه أهل البیت علیهم السّلام کان کافرا حربیّا(۲) کما وانه خلاف القران الکریم کما تقدم انفا.

الثالث: عدم الصحّه مطلقا و هو للقاضی و کذا الدّیلمیّ، فقال: «و الضالّ قد روی جواز الوصیّه له و روی خلافه و هو الأثبت و الأصحّ، وفیه: انه لا دلیل علیه بل هو خلاف القران الکریم کما تقدم انفا.

الرّابع: الصحّه مطلقا و هو الاقوی، ذهب إلیه الصدوق و الحلبیّ و الحلیّ، و هو ظاهر الکلینی حیث روی صحیح محمّد بن مسلم، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل أوصی بماله فی سبیل اللّه فقال: أعطه لمن أوصی به له و إن کان یهودیّا أو

۱- سوره الممتحنه ایه ۸-۹

۲- النجعه ج ۸ کتاب الوصیه

نصرانيّا، إنّ اللّه تبارك و تعالى يقول {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ}(١).وبه افتى الفقيه(٢) مضافا الى روايته خبر يونس بن يعقوب «أنّ رجلا كان بهمدان ذكر أنّ أباه مات و كان لا يعرف هذا الأمر فأوصى بوصيّته عند الموت و أوصى أن يعطى شى ء فى سبيل اللّه، فسئل عنه أبو عبد اللّه (عليه السلام) كيف يفعل به فأخبرناه أنّه كان لا يعرف هذا الأمر، فقال: لو أنّ رجلا أوصى إليّ أن أضع ما [قاظ] له فى يهوديّ أو نصرانيّ لوضعته فيهما، إنّ اللّه عزّ و جلّ يقول «فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ» فانظروا إلى من يخرج إلى هذا الوجه يعنى بعض الثغور فابعثوا به إليه». ثمّ قال «باب آخر منه».

و صحيح حجّاج الخشّاب، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن امرأه أوصت إليّ بمال أن يجعل فى سبيل اللّه- إلى- قال: اجعله كما أمرتك إنّ اللّه تبارك و تعالى يقول:{فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللّٰهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ} أ رأيتك لو أمرتك أن تعطيه يهوديّا كنت تعطيه نصرانيّا- الخبر».

و أمّا ما قيل من كون مال الحربى فيئا، فلا ينافى وجوب الدّفع إليه كما فى ردّ الأمانه.

ص:۴۵۷

١- الكافى باب إنفاذ الوصيّه على جهتها، ١٠ من وصاياه

٢- الفقيه فى باب وجوب إنفاذ الوصيّه

و لو أوصى فى سبيل اللّه فلكل قربه

(و لو أوصى فى سبيل اللّه فلكل قربه)

و به قـال الشيخ فى الخلاف و تبعه الحلىّ و قـال المفيـد: للمجاهـدين فـإن لم يكن ففى أبواب الـبر و تبعه الشيخ فى النهـايه و القاضى فى كامله، و قال ابنا بابويه: «إن شاء جعله لإمام المسلمين و إن شاء جعله فى حجّ أو فرّقه على قوم مؤمنين».

اقول: يشهد لكون السبيل كلّ قربه آيه الزكاه, نعم إن كان الموصى عاميّا فسبيل اللّه عندهم الجهاد فيصرف فى الجهاد .

و لو قال أعطوا فلانا كذا و لم يبين

(و لو قال أعطوا فلانا كذا و لم يبين ما يصنع به دفع اليه يصنع به ما شاء)

لأن الوصيه تقتضى تسلط الموصى له تسلط المالك و لو عين له المصرف تعين.

حصيله البحث:

تصحّ الوصـيّه للذّمّيّ و إن كان أجنبيّاً بل و ان كان حربيّاً و كذا المرتدّ، و لو أوصى فى سبيل اللّه فلكلّ قربهٍ الّا اذا كان الموصى عاميّا فيصرف فى الجهاد، و لو قال: أعطوا فلاناً كذا، و لم يبيّن ما يصنع به دفع إليه يصنع به ما شاء.

ص:۴۵۸

استحباب الوصیّه لذوی القرابه وارثا کان أو غیره

(و تستحبّ الوصیّه لذوی القرابه وارثا کان أم غیره)

اقول: النصوص بالجواز مستفیضه مثل صحیح محمّد بن قیس قال: سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن الرّجل یفضّل بعض ولده علی بعض، قال: نعم و نساءه»(۱).

و صحیح أبی بصیر: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن الوصیّه للوارث، فقال:تجوز»(۲).

و صحیح أبی ولّاد، عنه (علیه السلام): سألته عن المیّت یوصی للوارث بشی ء؟ قال: نعم- أو قال- جائز له»(۳).

و صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): الوصیّه للوارث لا بأس بها»(۴) و غیرها.

و بالاخیرین افتی الفقیه و قال: «و الخبر الذی روی «أنّه لا وصیّه لوارث» معناه لا وصیّه لوارث بأکثر من الثلث کغیر الوارث»(۵).

ص:۴۵۹

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۹ح۶

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۹ح۱

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۹ح۲

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۹ح۳ وح۴

۵- الفقیه (فی باب الوصیّه للوارث)

قلت: و يصدّق حمله ما رواه التحف عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله فى خطبه الوداع «أيّها النّاس إنّ اللّه قد قسم لكلّ وارث نصيبه من الميراث و لا تجوز وصيّه لوارث بأكثر من الثلث- الخبر».

و أمّا خبر القاسم بن سليمان، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن رجل اعترف لوارث بدين فى مرضه، فقال: لا يجوز وصيّه لوارث و لا اعتراف» فمضافا الى ضعفه قال الشيخ فيه انه محمول على التقيّه لأنّه مذهب جميع من خالف الشيعه فى امتناعهم من إجازه الوصيّه للوارث.

و مثله خبر مسعده بن صدقه، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهما السّلام قال: «قال علىّ (عليه السلام): لا وصيّه لوارث، و لا إقرار بدين- يعنى إذا أقرّ المريض لأحد من الورثه بدين له فليس له ذلك»(1) وهو مع ضعفه حمله الشيخ ايضا على التقيّه أيضا، قلت: ولا يخفى ان مسعده الرواى له عامّى. مضافا الى انها لا يمكن ان تعارض النصوص المستفيضه المتقدمه و التى عمل بها الاصحاب.

و اما استحباب الوصيّه للوارث فاستدل له بقوله تعالى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذٰا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوٰالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ} و هو كما ترى فظاهره الوجوب، و يشهد للوجوب موثق السّكونىّ، عن جعفر بن محمّد، عن أبيه عليهما

۱- التهذيب (فى ۱۱ من أخبار باب الإقرار فى المرض، و هو أوّل وصاياه)

السّلام: «من لم يوص عند موته لذوى قرابته ممّن لا يرثه فقد ختم عمله بمعصيه»(۱) فانه يدل على وجوبها لذوى قرابته ممّن لا يرثه وظاهر الفقيه افتاؤه به .

اقول: السيره المقطوع بثبوتها بين المسلمين و اجماع الفقهاء عملا و قولا على عدم وجوبها و اعراض الاصحاب عن موثق السكونى قرينه قطعيه على احد امرين:

الاول: اما ان يكون المراد بالكتابه فى الايه المباركه القضاء بمعنى التشريع لا بمعنى الالزام و عليه فالايه داله على الاستحباب .

الثانى: القول بأن الايه منسوخه كما قاله العامه والسكونى عامى ايضا و يؤيد ذلك مرسله العيّاشىّ«عن أبى بصير، عن أحدهما عليهما السّلام فى تفسير قوله تعالى {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ} هى منسوخه نسختها آيه الفرائض الّتى هى المواريث» كما هو الظاهر من تعبير «كُتِبَ عَلَيْكُمْ» فإنّه ظاهر فى الوجوب نظير قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ» و نسخ بايه المواريث, وكيف كان فالقول بالوجوب غير ثابت كما و ان القول بالاستحباب ايضا غير ثابت اذا كانت الايه منسوخه لكن القول بمنسوخيه الايه معارض بصحيح عمّار بن مروان، عن سماعه بن مهران، عن الصّادق (عليه السلام)

ص:۴۶۱

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۷۴ح۸ ومن لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۱۸۲ بدون جمله «ممّن لا يرثه» و الظاهر سقوطها منه بشهاده عنوانه مع اقتصاره عليه فضلا عن روايه التّهذيب .

فی قوله عزّ و جلّ {الْوَصِيَّهُ لِلْوالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ} قال: هو شیء جعله اللّه عزّ و جلّ لصاحب هذا الأمر، قلت: فهل لذلک حدّ؟قال: نعم، قلت: و ما هو؟ قال: أدنی ما یکون ثلث الثلث»(۱). الدال علی مطلوبیه الوصیه للامام الدال علی عدم نسخها و علیه تکون الایه المبارکه داله علی الاستحباب .

و أمّا الاستحباب لغیر الوارث من الارحام فمسلّم کما هو مقتضی قول اللّه عزّ و جلّ {الَّذِينَ يَصِلُونَ ما أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَ يَخافُونَ سُوءَ الْحِسابِ}(۲).

و فی صحیح ابن ابی عمیر عن ابراهیم بن عبد الحمید و هو ثقه عن سالمه مولاه أبی عبد اللّه (علیه السلام) قالت: «کنت عند أبی عبد اللّه (علیه السلام) حین حضرته الوفاه فأغمی علیه، فلمّا أفاق قال:أعطوا الحسن بن علیّ بن الحسین علیهما السّلام علیهما السّلام و هو الأفطس سبعین دینارا و أعطوا فلانا کذا و کذا، فقلت: أ تعطی رجلا حمل علیک بالشفره؟ فقال: ویحک أمّا تقرء القرآن؟ قلت: بلی، قال: أمّا سمعت قول اللّه عزّ و جلّ {الَّذِينَ يَصِلُونَ ما أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَ يَخافُونَ سُوءَ الْحِسابِ} قال ابن محبوب فی حدیثه: «حمل علیک بالشفره یرید أن یقتلک، فقال: یرید ابن علیّ أن لا أکون من الّذین قال اللّه تعالی {الَّذِينَ يَصِلُونَ ما أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَ يَخْشَوْنَ رَبَّهُمْ وَ يَخافُونَ سُوءَ الْحِسابِ} نعم یا سالمه إنّ اللّه خلق الجنّه و طیّبها و طیّب

ص:۴۶۲

۱- الفقیه فی نوادر وصایاه فی خبره ۱۶ و رواه العیّاشیّ مرسلا فی تفسیره تاره عن سماعه مثله، و اخری عن عمّار بن مروان مع اختلاف، و الظاهر أنّ الأصل واحد.

۲- الرعد ۲۱

ریحها و إنّ ریحها لیوجد من مسیره ألفی عام، لا یجد ریحها عاقّ و لا قاطع رحم»(۱).

و لو أوصی للأقرب نزل علی مراتب الإرث

(و لو أوصی للأقرب) أی أقرب الناس إلیه نسبا (نزل علی مراتب الإرث) لأن کل مرتبه أقرب إلیه من التی بعدها (لکن یتساوی المستحقّ هنا)

لاستواء نسبتهم إلی سبب الاستحقاق و هو الوصیه و الأصل عدم التفاضل.

و لو أوصی بمثل نصیب ابنه فالنصف

(و لو أوصی بمثل نصیب ابنه فالنصف ان کان له ابن واحد، و الثلث ان کان له ابنان و علی هذا، و لو قال أعطوه مثل سهم أحد وراثی اعطی مثل سهم الأقل) لصدق الاسم به و لأصاله البراءه من الزائد فلو ترک ابنا و بنتا فله الربع.

و فی المبسوطین: «لو أوصی له بنصیب ابنه بطلت الوصیّه، و قال بعض علمائنا: تصحّ و یکون بمنزله ما لو أوصی بمثل نصیب ابنه».

قلت: ما قاله البعض هو الصحیح فإنّه نظیر أن یقول: لا تعطوا ابنی شیئا و أعطوا نصیبه فلانا فإنّه یرجع إلی حرمان الابن من الثلث و إعطاء الموصی له بقدر نصیب

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۵۴ح ۱۰ و فی روایه الفقیه و التّهذیب سلمه بدل سالمه ولا یضر ذلک بموثوقیه الصحیح بعد کون ابن ابی عمیر و الحسن بن محبوب فی اسانیده.

الولد إن لم يكن زائدا على الثلث، و ليس هذا بمنزله من أوصى أعطوا مال فلان لفلان، فإنّه لا حقّ له فى مال غيره بخلاف ماله فله حقّ مشاع بقدر الثلث و ليس مال ابنه معيّنا.

و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه

(و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه) كما هو بين الفقهاء و أهل اللغه.

(و بضعفيه ثلاثه أمثاله)

لأن ضعف الشى ء ضم مثله إليه فإذا قال ضعفيه فكأنه ضم مثليه إليه وهو المفهوم عرفا فهو الصحيح و عند الشك تجرى اصاله البراءه عن الزائد.

هذا و قيل: ثلاثه أمثاله و قيل:أربعه أمثاله ففى المختلف: «إذا أوصى له بضعف نصيب ابنه كان له مثلاه، فإن أوصى له بضعفيه، للشيخ قولان أحدهما: له أربعه أمثاله، قاله فى المبسوط، و قال فى الخلاف: يكون له ثلاثه أمثاله لأنّه مجمع عليه، و لأنّ الضعف إذا أضفته نصيبه يكون ثلاثه، ثمّ قال: و الذى يقوّى مذهب أبى ثور و هو أربعه أضعافه لأنّ ضعف الشى ء مثلاه، فإذا ثنّاه وجب أن يكون أربعه أمثاله».

اقول: و لا يخفى مجانبه هذه الاقوال لفهم العرف فلا يصار اليها.

و لو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كل ثلث الى فقراء بلد المال

(و لو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كل الثلث الى فقراء بلد المال و لو صرف الجميع فى فقراء بلد الموصى جاز)

ص:۴۶۴

لحصول الغرض من الوصيه و هو صرفه الى الفقراء , ثم انه لو علم أنّ قصده من الفقراء الجمع اعطى للجمع، و إلّا لو كان قصده الجنس كفى فيه الواحد كما هو واضح .

و لو أوصى له بأبيه فقبل و هو مريض، ثم مات الموصى له

(و لو أوصى له بأبيه) اى بأب الموصى له (فقبل و هو مريض) بمرض الموت (ثم مات الموصى له عتق) ابوه (من صلب ماله)

و استدل له الشهيد الثانى بأنه ملكه هنا بالقبول و انعتق عليه قهرا تبعا لملكه.

قلت: قد تقدم ان الصحيح هو انتقال عين المال الموصى به إلى الوارث كما هو المفهوم من صحيح محمّد بن قيس و صحيح العبّاس، و خبر محمّد بن عمر الساباطى المتقدمه(۱)، و عليه فان كان ممن ينعتق عليهم عتق و الّا فلا.

و لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء، فلزيد النصف

(و لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء، فلزيد النصف)

قلت: حيث أنّ المتبادر جعل زيد فى مقابل الفقراء فيكون له النصف، و يمكن القول بالنّصف أيضا بكون الفقراء للجنس كما ورد فى صحيح حمّاد بن عثمان، عن الصّادق (عليه السلام) قال: «أوصى رجل بثلاثين دينارا لولد فاطمه عليها السّلام قال:

ص:۴۶۵

۱- ص ۳۵۱

«فأتى بها الرّجل إلى أبى عبد اللّه (عليه السلام) فقال: ادفعها إلى فلان شيخ من ولد فاطمه عليها السّلام و كان معيلا مقلّا، فقال له الرّجل: إنّما أوصى بها الرّجل لولد فاطمه عليها السّلام فقال (عليه السلام): إنّها لا تقع من ولد فاطمه و هى تقع من هذا الرّجل و له عيال»(1)يعنى لا يسعهم جميعا و لا يمكن إيصالها اليهم قاطبه و انما يمكن اعطاؤها بعضهم فادفعها الى الشيخ المعيل منهم.

(و قيل: الربع) لان اقل الفقراء من حيث الجمع ثلاثه فاذا شرك بينهم و بين زيد بالعطف كان احدهم, و فيه: ان التشريک كان بينه وبين الفقراء لا احادهم.

حصيله البحث:

تستحبّ الوصيّه لذى القرابه وارثاً كان أم غيره، و لو أوصى للأقرب نزّل على مراتب الإرث، و لو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنّصف إن كان له ابنٌ واحدٌ و الثّلث إن كان له ابنان و على هذا، و لو قال: مثل سهم أحد ورّاثى، أعطى مثل سهم الأقلّ. و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه و بضعفيه ثلاثه أمثاله، و لو أوصى بثلثه للفقراء جاز صرف كلّ ثلثٍ إلى فقراء بلد المال، و لو صرف الجميع فى فقراء بلد الموصى جاز، و لو أوصى له بأبيه فقبل و هو مريضٌ ثمّ مات انتقل عين

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۵۸ح۲ و الفقيه فى ۱۳ من أخبار نوادر وصيّته. و التّهذيب فى ۴ من أخبار زيادات وصاياه .

المال الموصی به إلی ورّاثه فان کان ممن ینعتق علیهم عتق و الّا فلا , و لو قال: أعطوا زیداً و الفقراء، فلزیدٍ النّصف .

و لو جمع بین عطیه منجزه و مؤخّره

(و لو جمع بین عطیه منجزه و مؤخّره قدمت المنجزه)

اما بناء علی کون منجزات المریض تخرج من الاصل کما هو الاقوی فالامر واضح فتخرج من الاصل و لا تزاحمها المؤخره .

و اما علی القول بکون منجزات المریض تخرج من الثلث فکـذلک فعلی کل تقـدیر المنجّزه مقـدمه علی غیرها کما فی صـحیح إسـماعیل بن همّام عن أبی الحسن (علیه السلام) «فی رجل أوصی عند موته بمال لذوی قرابته و أعتق مملوکا له و کان جمیع ما أوصی به یزید علی الثلث، کیف یصنع فی وصیّته؟ فقال: یبدء بالعتق فینفذه»(۱).

و خبر محمّد بن مسـلم، عن أبی جعفر (علیه السـلام) «فی رجل أوصـی بأکثر من الثلث و أعتق مملوکه فی مرضه فقال: «إن کان أکثر من الثلث ردّ إلی الثلث و جاز العتق»(۲)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۷ح۳
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۷ح۱

و خبر أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «إن أعتق رجل عند موته خادما له، ثمّ أوصی بوصیّه أخری ألغیت الوصیّه و أعتق الخادم من ثلثه إلّا أن یفضل من الثلث ما یبلغ الوصیّه»(۱)

و صحیح محمّد بن مسلم عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل حضر الموت فأعتق مملوکه و أوصی بوصیّه فکان أکثر من الثلث، قال: یمضی عتق الغلام و یکون النقصان فی ما بقی»(۲).

یصح الرجوع فی الوصیه قولا، أو فعلا

(و یصح الرجوع فی الوصیه قولا مثل رجعت أو نقضت أو أبطلت أو لا تفعلوا کذا، أو فعلا مثل بیع العین الموصی بها أو رهنها أو طحن الطعام أو عجن الدقیق أو غزل القطن أو نسج مغزوله أو خلطه بالأجود)

کما تشهد لذلک النصوص المستفیضه منها صحیح سعید بن یسار، عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل دفع إلی رجل مالا و قال: إنّما أدفعه إلیک لیکون ذخرا لإبنتی فلانه و فلانه، ثمّ بدا للشیخ بعد ما دفع المال أن یأخذ منه خمسه و عشرین و مائه دینار فاشتری بها جاریه لابن ابنه، ثمّ إنّ الشیخ هلک فوقع بین الجاریتین و بین الغلام أو إحداهما فقالتا له: ویحک و اللّه إنّک لتنکح جاریتک حراما إنّما اشتراها

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۷ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۷ح۴

أبونـا لـك من مالنـا الـذى دفعه إلى فلاـن فـاشترى لـك منه هـذه الجـاريه فـأنت تنكحهـا حراما لا يحلّ لك فأمسك الفتى عن الجـاريه، فمـا ترى فى ذلـك؟ فقال: أ ليس الرّجل الـذى دفع المال أبا الجاريتين و هو جـدّ الغلام و هو اشترى له الجاريه؟ قلت: بلى، قال: فقل له: فليأت جاريته إذا كان الجدّ هو الذى أعطاه و هو الذى أخذه»(۱).

و موثق عبيد بن زراره، عن الصّادق (عليه السلام): «للموصى أن يرجع فى وصيّته إن كان فى صحّه أو مرض»(۲).

و صـحيح يونس و هو من اصـحاب الاجماع عن على بن سالم قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) فقلت: إنّ أبى أوصى بثلاث وصايا فبأيّهن آخذ؟ قال: خذ بآخرهنّ، قلت: فإنّها أقلّ، فقال: «و إن قلّ»(۳) و غيرها.

هـذا و قـد يقـال بـدلاله الرّهن على بطلاـن الوصـيّه و هو كمـا ترى، فكثيرا مـا يرهنون النّاس برجاء الفكّ بل دائما فيكون رهنها كباقى التصرّفات فيها ما دام الحياه للانتفاع بها أعمّ من الرّجوع .

حصيله البحث:

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۶۶ح۳۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۱۲ح۱

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۹۰ح۱۸

و لـو جمع بين منجّزهٍ و مؤخّرهٍ قـدّمت المنجّزه، و يصـحّ الرّجوع فى الوصـيّه قولًا مثـل: رجعت أو نقضت أو أبطلت أو لاـ تفعلوا كذا، و فعلًا مثل بيع العين الموصى بها أو رهنها أو طحن الطّعام أو عجن الدّقيق أو خلطه بالأجود .

من أحكام الوصيه

١- ان الواجبات الموسعه كقضاء الصلاه و الصوم و اداء الكفارات و النذور و ... , تتضيق كما هو المعروف و تجب المبادره الى ادائها مع الامكان عند ظهور امارات الموت. و اذا لم يمكن اداؤها يجب الايصاء بها الّا مع العلم بقيام الوارث او غيره بها .

و قيل فى وجه اعتبار تضـيق الواجبات الموسـعه عند ظهور امارات الموت ان جواز تأخير الامتثال منوط بسعه الوقت، اما مع الظن بعدمها – بسبب ظهور امارات الموت – فلا معنى له .

قلت: و هذا صـحيح مع فرض قيام اجماع قولى او عملى على اناطه جواز التأخير بعدم ظن الضـيق و الّا فالصحيح جعل المدار فى التضـيق و عـدمه على العلـم او الاطمئنـان بـالتمكن من الامتثـال و عـدمه – و ليس على الظن بـالتمكن و عـدمه– فمن لم يطمئن بتمكنه من الامتثال لو اخّر تلزمه المبادره اليه و لو لم تظهر امارات الموت عليه .

ص:۴۷۰

و ذلـک لا ـن کـل تکلیف لا ـ بـدّ عقلا من المبادره الی امتثاله الّا مع العلم او الاطمئنان بالتمکن لو لم یبادر. و جعل المـدار علی ظهور امارات الموت و عدمه بلا وجه.

۲- و اما وجوب الایصاء بها عنـد عدم التمکن من مباشـره الامتثال فواضح بعد عدم سـقوطها عن الذمه بالموت. و لا محذور فی اعتبار اشتغال الذمه بشی ء بعد الموت. و ثمرته لزوم تفریغها تسبیبا قبل الموت من خلال الوصیه بها.

۳- و هکـذا اموال النـاس- من الودیعه و نحوهـا- اذا کـانت عنـد شـخص فـانه یجب علیه ردهـا مع الامکـان عنـد ظهور امارات الموت، و ذلک باعتبار ان ردّ الامانه الی اهلها واجب .

و الصـحیح ان یقـال: ان ردّها واجب اذا لم یطمئن باداء الوارث لها و الّا فلا موجب لـذلک، فان اللازم فی باب الامانه حفظها، و هو متحقق مع الاطمئنان باداء الوارث لها، اما ردّها مع فرض عدم مطالبه صاحبها بها فلیس واجبا.

هذا و مع عدم الامکان یجب الایصاء بها کما تقدم دلیله.

و ینبغی الالتفـات الی ان اداء الوارث لهـا اذا کـان موقوفـا علی الایصاء بها و الاشـهاد علیها وجب ذلک من باب وجوب مقـدمه الواجب و لو عقلا , هذا فی غیر الدیون.

۴- و اما الدیون فیجب اداؤها أیضاً مع مطالبه المالک بها اذا کانت حاله سواء ظهرت امارات الموت أم لا، و مع عدم مطالبته بها فلا موجب للإلزام بادائها،

و مع عدم الامکان او کونها مؤجله یجب الایصاء بها اذا خیف ضیاعها بدون ذلک کما تقدم.

۵- الواجبات المالیه و هی الاموال المشتغله بها الذمه، کالمال المقترض و ثمن المبیع و الزکاه و ... تخرج من الاصل و ان لم یوص بها بلا خلاف لانها دین و یدل علیه قوله تعالی: {مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ} فان عطف الدین علی الوصیه یدل علی لزوم اخراجه من الترکه و ان لم یوص به.

هذا مضافا الی دلاله الروایات الکثیره، کصحیحه محمد بن قیس عن ابی جعفر (علیه السلام): «قال امیر المؤمنین (علیه السلام): ان الدین قبل الوصیه ثم الوصیه علی اثر الدین ثم المیراث بعد الوصیه فان اول القضاء کتاب اللّه»(۱) و غیرها.

۶- و اما الواجبات غیر المالیه کالصلاه و غیرها فقد وقعت محلا للخلاف بین المعاصرین فقیل بلزوم اخراجها من الاصل قبل الارث أیضا کالدیون المالیه. و قیل باخراجها من الثلث.

و استدل علی الاول بانها دین، و کل دین لا بدّ من اخراجه من الاصل.

اما الصغری فلما رواه الشیخ الصدوق باسناده عن سلیمان بن داود المنقری عن حماد بن عیسی عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «قال لقمان لابنه:... یا بنی اذا جاء وقت الصلاه فلا تؤخرها لشی ء صلها و استرح منها فانها دین ...»(۲).

۱- وسائل الشیعه ۱۳: ۴۰۶ الباب ۲۸ من أحکام الوصایا الحدیث ۲

۲- وسائل الشیعه ۸: ۳۲۳ الباب ۵۲ من أبواب آداب السفر الی الحج الحدیث ۱

و اما الکبری فلآیه الکریمه المتقدمه الداله علی لزوم اخراج الدین من الترکه قبل الارث و لقصه الخثعمیه التی: «أتت الی رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فقالت: یا رسول اللّه ان فرض الحج قد ادرک ابی و هو شیخ لا یقدر علی رکوب الراحله أ یجوز ان احج عنه؟ قال صلّی اللّه علیه و آله: یجوز. قالت: یا رسول اللّه ینفعه ذلک؟ قال صلّی اللّه علیه و آله: أ رأیت لو کان علی ابیک دین فقضیته أما کان یجزئ؟ قالت: نعم. قال: فدین اللّه أحق»(۱).

و فیه: اما الصغری فلان استعمال لفظ «الدین» فی وصیه لقمان فی الصلاه مسامحی ارید به بیان اهمیه الصلاه و انها کالدین فی لزوم المبادره الی تفریغ الذمه منه. علی انه لو تم فهو خاص بالصلاه و لا یعم مطلق الواجبات.

هذا بقطع النظر عن سند الشیخ الصدوق الی المنقری- الذی ورد فیه القاسم بن محمد الاصفهانی الذی لم یوثق- و الّا فالامر اوضح.

و اما الکبری فباعتبار ان لفظ «الدین» فی الآیه الکریمه منصرف الی الدین المالی علی ان القصه المذکوره ضعیفه سندا ومن روایات العامه وقد وردت فی صحیحی البخاری و مسلم من دون فقره الاستشهاد، فقد روی مسلم عن عبد اللّه بن عباس: «کان الفضل بن عباس ردیف رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فجاءته امرأه من خثعم تستفتیه فجعل الفضل ینظر الیها و تنظر الیه فجعل رسول اللّه صلّی

۱- مستدرک الوسائل ۸: ۲۶ الباب ۱۸ من ابواب وجوب الحج و شرائطه الحدیث ۳

اللّه علیه و آله یصرف وجه الفضل الی الشق الآخر، قالت: یا رسول اللّه ان فریضه اللّه علی عباده فی الحج ادرکت ابی شیخا کبیرا لا یستطیع ان یثبت علی الراحله أ فأحج عنه؟ قال:نعم، و ذلک فی حجه الوداع»(۱).

و النتیجه ان الواجبات المالیه تخرج من الاصل اوصی بها او لا، و غیر المالیه لا تخرج من الاصل اوصی بها او لا.

نعم لو اوصی بها وکانت مشروعه - لا مثل الصلاه الاستیجاریه فانها غیر مشروعه- اخرجت من الثلث.

الفصل الرابع

الوصایه استنابه الموصی غیره بعد موته فی التصرّف

(فی الوصایه) بکسر الواو و فتحها و صحتها هو مقتضی الادله الداله علی امضاء الوصیه من الآیات الکریمه و غیرها, بل صحیح منصور المتقدم صریح فی ذلک . (و هی استنابه الموصی غیره بعد موته فی التصرّف)

۱- صحیح مسلم الباب ۷۱ باب الحج عن العاجز لزمانه و هرم و نحوهما او للموت من کتاب الحج ۲: ۹۷۳ و راجع صحیح البخاری ۲: ۵۷۲ الباب ۲۴ حج المرأه عن الرجل من کتاب جزاء الصید.

فیما کان له التصرف فیه من إخراج حق أو استیفائه أو ولایه علی طفل أو مجنون یملک الولایه علیه بالأصاله أو بالعرض مثل وصایه الوصی کما یشهد لذلک صحیح الصفّار کتب إلی أبی محمّد (علیه السلام): «رجل کان وصیّ رجل فمات، و أوصی إلی رجل آخر هل یلزم الوصیّ وصیّه الرّجل الذی کان هذا وصیّته؟ فکتب (علیه السلام): یلزمه بحقّه إن کان له قبله حقّ إن شاء»(۱).

و إنما تصح الوصیه علی الأطفال بالولایه

(و انما تصحّ الوصیّه علی الأطفال بالولایه من الأب و الجد له)

بناءً علی القول بولایته و قد تقدم فی کتاب البیع الخلاف فیه و ما هو المختار .

(أو الوصی المأذون له من أحدهما)

فی الإیصاء لغیره و لو أطلق الموصی جاز للوصی الایصاء لظاهر صحیحه الصفار المتقدمه.

و یعتبر فی الوصی الکمال بالبلوغ و العقل و الإسلام

(و یعتبر فی الوصی الکمال) بالبلوغ و العقل (و الإسلام)

۱- الفقیه (فی باب ما یجب علی وصیّ الوصیّ من القیام بالوصیّه)

فلا- تصح الوصيه إلى كافر و إن كان رحما لأنه ليس من أهل الولايه على المسلمين و للنهى عن الركون إليه (إلّا أن يوصى الكافر إلى مثله) لعدم المانع حينئذ .

(و العداله فى قول قوى)

إلّا إذا حصل الوثوق بغير العادل لا سيّما إذا كان له نفوذ فيكون أقوى من العادل إذا لم يكن له نفوذ على حفظ مال الصغير و تحصيله ممّن عليه , هذا كله بناء على اشتراط المصلحه او عدم المفسده فى فعل الوصى والّا صحت مطلقا.

(و) كذا يشترط فى الوصى (الحريه) فلا تصح وصايه المملوك لاستلزامها التصرف فى مال الغير بغير إذنه (إلّا أن يأذن المولى) له فتصح لزوال المانع.

و تصحّ الوصيّه إلى الصبى منضما الى كامل

(و تصحّ الوصيّه إلى الصبى منضما الى كامل)

لكن لا يتصرف الصبى حتّى يكمل ففى صحيح الصفّار: «كتب إلى أبى محمّد (عليه السلام) رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار، أ يجوز للكبار أن ينفذوا وصيّته و يقضوا دينه لمن صحّح على الميّت بشهود عدول قبل أن

یدرک الأوصیاء الصغار؟ فوقّع (علیه السلام): نعم علی الأکابر من الولد أن یقضوا دین أبیهم و لا یحبسوه بذلک»(۱).

و معتبر علی بن یقطین: «سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن رجل أوصی إلی امرأه و أشرک فی الوصیّه معها صبیّا، فقال: یجوز ذلک و تمضی المرأه الوصیّه و لا تنتظر بلوغ الصبیّ، فإذا بلغ الصّبیّ فلیس له أن لا یرضی إلّا ما کان من تبدیل أو تغییر فإن له أن یردّه إلی ما أوصی به المیّت»(۲) وبهما عمل الفقیه(۳).

(و الی المرأه و الخنثی)

عندنا مع اجتماع الشرائط لانتفاء المانع و قیاس الوصیه علی القضاء واضح الفساد, و یشهد لصحه الوصیه الیها معتبر علی بن یقطین المتقدم الذی اعتمده الکلینی و الصدوق لکن یعارضه خبر السّکونیّ، عن جعفر بن محمّد، عن آبائه علیهم السّلام «قال أمیر المؤمنین (علیه السلام) المرأه لا یوصی إلیها لأنّ اللّه عزّ و جلّ قال {وَ لٰا تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَکُمُ}(۴).

ص:۴۷۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۴۶ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۴۶ح۱

۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۲۰۹

۴- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۲۲۶

و ما فی المرسل «سئل أبو جعفر (علیه السلام) عن قوله عزّ و جلّ {وَ لاٰ تُؤْتُوا السُّفَهٰاءَ أَمْوٰالَكُمُ} قال: لا تؤتوها شارب الخمر، و لا النساء، ثمّ قال: و أیّ سفیه أسفه من شارب الخمر»(۱), وحملهما الصدوق علی الکراهه فقال: إنّما یعنی کراهیه اختیار المرأه للوصیّه فمن أوصی إلیها لزمها القیام بالوصیّه علی ما تؤمر به و یوصی إلیها فیه إن شاء اللّه.

اقول: الصحیح هو حملهما علی التقیّه و ذلک لإباء ظاهرهما عن الحمل علی الکراهه فان اعطاء المال الی السفیه لیس مکروها بل باطل کما وان من المقطوع به عدم کون المرأه من مصادیق السفهاء و علیه فهذه قرینه قطعیه علی عدم صحه الخبرین متنا و علیه فلا وثوق بهما حتی یعارضا معتبر ابن یقطین .

و یصح تعدد الوصی

(و یصحّ تعدد الوصی فیجتمعان)

لو کانا اثنین فی التصرف بمعنی صدوره عن رأیهما و نظرهما و إن باشره أحدهما کما فی صحیح الصفّار: «کتب إلی أبی محمّد (علیه السلام): رجل مات و أوصی إلی رجلین أ یجوز لأحدهما أن ینفرد بنصف الترکه، و الآخر بالنصف؟ فوقّع (علیه السلام): لا ینبغی لهما أن یخالفا المیّت و أن یعملا علی حسب ما أمرهما إن شاء اللّه»(۲).

ص:۴۷۸

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۲۲۶

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۴۶ح۱

و خبر بريد بن معاويه «أنّ رجلاـ مات و أوصى إلىّ و إلى آخر أو إلى رجلين، فقال أحدهما: خذ نصف ما ترك و أعطنى النصف ممّا ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن ذلك، فقال: ذلك له»(۱).

قال الصدوق بعد نقله للخبر: لست افتى به، بل بما عندى بخطّ الحسن بن علىّ عليهما السّلام(۲)، و مراده صحيح الصفار، واجابه الشيخ فقال: «ظنّ ابن بابويه تنافى الخبرين فقال: لا أعمل به ظنّاً منه أنّهما متنافيان و ليس الأمر على ما ظنّ لأنّ قوله ع ذلك له ليس فى صريحه أنّ ذلك للمطالب الّذى طلب الاستبداد بنصف التّركه و ليس يمتنع أن يكون المراد بقوله ع ذلك له يعنى الّذى أبى على صاحبه الانقياد إلى ما أراده فيكون تلخيص الكلام أنّ له أن يأبى عليه و لا يجيبه إلى ملتمسه و على هذا الوجه لا تنافى بينهما على حال»(۳) . قلت: و الأمر كما قال الشيخ .

(الّا أن يشترط لهما الانفراد)

فيجوز حينئذ لكل واحد منهما التصرف بمقتضى نظره.

ص:۴۷۹

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۴۶ح۲
۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۲۰۳
۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۱۸۶

فان تعاسرا صح تصرّفهما فی ما لا بد منه

(فإن تعاسرا) فأراد أحدهما نوعا من التصرف و منعه الآخر (صح) تصرفهما (فيما لا بد منه) كمؤنه اليتيم و وقف غيره على اتفاقهما .

(و للحاكم) الشرعى (إجبارهما على الاجتماع)

من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان إذ لا ولايه له فيما فيه وصى, و يدل على ذلك صحيح صفوان بن يحيى قال: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل كان لرجل عليه مال فهلك و له وصيّان فهل يجوز أن يدفع إلى أحد الوصيّين دون صاحبه؟ قال: لا يستقيم إلّا أن يكون السّلطان قد قسم بينهم المال، فوضع على يد هذا النصف و على يد هذا النصف أو يجتمعان بأمر السّلطان»(۱).

(فإن تعذر) عليه جمعهما (استبدل بهما)

و ذلك لانه يجب على الحاكم ان يقوم بما يلزم القيام به والمفروض تعذر قيامهما به .

(و ليس لهما قسمه المال)

لأنه خلاف مقتضى الوصيه من اجتماع فى التصرف كما تقدم فى صحيح الصفّار و معتبر بريد .

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۹، ص: ۲۴۳ح۳۴

(و لو شرط لهما الانفراد ففى جواز الاجتماع نظر)

من أنه خلاف الشرط فلا يصح فأنّ الميّت اذا كان له غرض فى شرط الانفراد لم يجز كصوره النهى , و بذلك تعرف ضعف الوجه الثانى من أن الاتفاق على الاجتماع صدوره عن رأى كل واحد منهما و شرط الانفراد اقتضى الرضا.

(و لو نهاهما عن الاجتماع اتبع) عملا بمقتضى الوصيه.

(و لو جوّز لهما الأمرين أمضى فلو اقتسما المال جاز)

لأنّه لا يحصل حينئذ تبديل للوصيّه حتّى يكون منهيا عنه .

و لو ظهر من الوصى عجز ضمّ الحاكم اليه

(و لو ظهر من الوصى عجز ضمّ الحاكم اليه)

حتّى يحصل الجمع بين عدم تبديل الوصيّه و إنفاذها.

(و لو خان الوصى)

ضم الحاكم اليه من يمنعه منها اولا جمعا بين عدم تبديل الوصيّه و وجوب تنفيذ الوصيه بعد الالتفات الى عدم لياقه الخائن لذلك و اذا لم يمكن منعه من الخيانه المجدده بضم آخر اليه (عزله الحاكم و أقام مكانه) غيره .

ص:۴۸۱

هذا اذا لم يستظهر من الوصيه كون الايصاء مقيدا بعدم الخيانه و الّا يخرج عن كونه وصيا بمجرد الخيانه .

حصيله البحث:

إنّما تصحّ الوصيّه على الأطفال بالولايه من الأب أو الوصيّ المأذون له من أحدهما. و يعتبر في الوصيّ الكمال و الإسلام و إن كان رحما إلّا أن يوصي الكافر إلى مثله، و الوثاقه، و كذا الحرّيّه إلّا أن يأذن المولى. و تصحّ الوصيّه إلى الصّبيّ منضماً إلى كاملٍ و إلى المرأه و الخنثى، و يصحّ تعدّد الوصيّ فيجتمعان إلّا أن يشرط لهما الانفراد، فإن تعاسرا صحّ فيما لا بدّ منه كمؤونه اليتيم و للحاكم إجبارهما على الاجتماع، فإن تعذّر استبدل بهما و ليس لهما قسمه المال، و لو شرط لهما الانفراد فلا يجوز لهما الاجتماع، و لو نهاهما عن الاجتماع اتّبع قطعاً , و لو جوّز لهما الأمرين أمضى، فلو اقتسما المال جاز، و لو ظهر من الوصيّ عجزٌ ضمّ الحاكم إليه، معيناً و لو خان عزله الحاكم و أقام مكانه .

و يجوز للوصى استيفاء دينه مما فى يده

(و يجوز للوصى استيفاء دينه مما فى يده)

يعني لو كان للوصي دين على الميت جاز ان يستوفي ممّا في يده من غير اذن حاكم إذا لم يكن له حجه، كما عن الشيخ في النهايه و قد يستدل له بموثقه بريد بن معاويه، عن الصّادق (عليه السلام) قلت له: «إنّ رجلا أوصى إليّ فسألته أن يشرك معي

ذا قرابه له ففعل و ذكر الذى أوصى إلىّ أنّ له قبل الذى أشركه فى الوصيّه خمسين و مائه درهم عنده رهنا بها جام من فضّه فلمّا هلك الرّجل أنشأ الوصىّ يدّعى أنّ له قبله أكرار حنطه؟قال: إن أقام البيّنه و إلّا فلا شى ء له، قال: قلت له: أ يحلّ له أن يأخذ ممّا فى يده شيئا؟ قال: لا يحلّ له، قلت: أ رأيت لو أنّ رجلا عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ، أ كان ذلك له؟ قال: إنّ هذا ليس مثل هذا»(۱).

و قال بالجواز مطلقا ابن إدريس و هو الأقوى و الجواب عن الموثقه انها مفروضه فى استيفاء أحد الوصيين على الاجتماع بدون اذن الآخر كباقى التصرفات و ليس للآخر تمكينه من تقاصّ ما يجعله تحت يده من المال بحسب الظاهر بدون اثباته, و قد نبه عليه فى آخر الروايه بان هذا ليس مثل هذا اى هذا يأخذ باطلاع الوصى الآخر و ليس له تمكينه بمجرد الدعوى بخلاف من يأخذ على جهه المقاصه حيث لا يطلع عليه احد.

(و قضاء ديون الميّت التى يعلم بقاءها)

كما فى صحيح الصفّار المتقدم عن العسكرىّ (عليه السلام) ففيه: «نعم على الأكابر أن يقضوا دين أبيهم و لا يحبسوه بذلك».

(و لا يوصى) عمن اوصى اليه (إلّا بإذن منه) فى الايصاء.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۵۷ح۱

لا دليل على المنع كما يشهد لذلك صحيح الصفّار كتب إلى أبى محمّد (عليه السلام): «رجل كان وصىّ رجل فمات، و أوصى إلى رجل آخر هل يلزم الوصىّ وصيّه الرّجل الذى كان هذا وصيّته؟ فكتب (عليه السلام): يلزمه بحقّه إن كان له قبله حقّ إن شاء»(۱).

و بالجواز مطلقا أفتى الإسكافى و القاضى، و بالمنع المفيد و الحلبىّ و الحلىّ، و قد صرّح المبسوط بأنّه ليس لنا نصّ فيه و قال فى الخلاف: «يكون النصّ على الجواز» .

و حيث لم يوص (يكون النظر بعده) فى وصيه الأول (إلى الحاكم) لأنه وصى من لا وصى له (و كذا) حكم كل (من مات و لا وصى له و مع تعذر الحاكم) لفقده أو بعده بحيث يشق الوصول إليه عاده (يتولى) إنفاذ الوصيه (بعض عدول المؤمنين)

من باب الحسبه و يدل على ذلك صحيح إسماعيل بن سعد الأشعرى: «سألت الرّضا (عليه السلام) عن رجل مات بغير وصيّه و ترك أولادا ذكرانا و إناثا و غلمانا صغارا و ترك جوارى مماليك هل يستقيم أن تباع الجوارى؟ قال: نعم- إلى- و عن الرّجل يموت بغير وصيّه و له ورثه صغار و كبار أ يحلّ شراء خدمه و متاعه من غير أن يتولّى القاضى بيع ذلك فإن تولّاه قاضٍ قد تراضوا به و لم يستأمروا الخليفه

۱- الفقيه (فى باب ما يجب على وصىّ الوصىّ من القيام بالوصيّه)

أ یطیب الشراء منه؟ فقال: إذا کان الأکابر من ولده معه فی البیع فلا بأس به إذا رضی الورثه و قام عدل فی ذلک»(۱).

و خبر ابن رئاب: «سألت أبا الحسن (علیه السلام) عن رجل بینی و بینه قرابه مات و ترک أولادا صغارا و ترک ممالیک له غلمان و جواری و لم یوص فما تری فی من یشتری منهم الجاریه یتّخذها أمّ ولد و ما تری فی بیعهم؟ فقال: إن کان لهم ولیّ یقوم بأمرهم باع علیهم و نظر لهم کان مأجورا فیهم، قلت: فما تری فی من یشتری منهم الجاریه یتّخذها أمّ ولد؟ قال: لا بأس بذلک إذا أنفذ ذلک القیّم الناظر فی ما یصلحهم، و لیس لهم أن یرجعوا فی ما صنع القیّم لهم، الناظر فی ما یصلحهم»(۲).

و موثق سماعه، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل مات و له بنون و بنات صغار و کبار من غیر وصیّه له و له خدم و ممالیک و عقد کیف یصنع الورثه بقسمه ذلک المیراث؟ قال: إن قام رجل ثقه قاسمهم ذلک کلّه فلا بأس»(۳).

و صحیح محمّد بن إسماعیل بن بزیع قال: «إنّ رجلا من أصحابنا مات و لم یوص فرفع أمره إلی قاضی الکوفه فصیّر عبد الحمید بن سالم القیّم بماله و کان رجلا خلّف ورثه صغارا و متاعا و جواری، فباع عبد الحمید المتاع فلمّا أراد بیع

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۶۶ح۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۶۶ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۶۶ح۳

الجواری ضعف قلبه فی بیعهنّ و لم یکن المیّت صیّر وصیّته إلیه، و کان قیامه بها بأمر القاضی لأنّهنّ فروج، قال:محمّد فذکرت ذلک لأبی جعفر (علیه السلام) فقلت: جعلت فداک یموت الرّجل من أصحابنا فلا یوصی إلی أحد و خلّف جواری فیقیم القاضی رجلا منّا لبیعهنّ- أو قال: یقوم بذلک رجل منّا- فیضعف قلبه لأنّهنّ فروج فما تری فی ذلک؟ فقال:إذا کان القیّم مثلک، و مثل عبد الحمید فلا بأس»(۱) .

و الصفات المعتبره فی الوصی هل یشترط حصولها حال الإیصاء؟

(و الصفات المعتبره فی الوصی) من البلوغ و العقل وغیرهما قیل: (یشترط حصولها حال الإیصاء) لأنه وقت إنشاء العقد فإذا لم تکن مجتمعه لم یقع صحیحا کغیره من العقود والایقاعات قضاء للشرط المعتبر تقدمه علی المشروط، أو مقارنته .

و فیه: ان الکلام فی شرطیتها فی حال الانشاء و لا دلیل علیه بل قد تقدم صحه جعل الصبی وصیا بالانضمام الی غیره .

(و قیل) یکفی حصولها (حال الوفاه) حتی لو أوصی إلی من لیس بأهل فاتفق حصول صفات الأهلیه له قبل الموت صح لأن المقصود بالتصرف هو ما بعد الموت و هو محل الولایه و لا حاجه إلیها قبله, و هذا القول هو الموافق لمقتضی عمومات الوصیه المقتصر فی تخصیصها علی ما تیقن من شرطیه هذه الأشیاء فی

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۲۰۹ح۲

الوصـی، بمعنی المتلبس بالولایه، و أول آنات تلبسه بـذلک مع الإطلاق من حین الوفاه، فتعتبر الشـرائط ذلک الوقت، إذ هو قبل ذلک لیس بوصـی بمعنی تحقق الولایه، بل أقصاه وقوع العباره التی تقتضـی نصـبه حین الوفاه إذا جمع غیرها من الشرائط ذلک الـوقت، ففقـدها قبـل تلبسه بالولا‌یه غیر ضـائر، بعـد شـمول عموم {فَمَنْ بَدَّلَهُ} و نحوه له، و لیس فی أدله الشـرائط مـا یقتضـی اشتراطها حال إیجاد عباره النصب کما تقدم الکلام فی حقیقه الوصیه من کونها من الایقاعات.

(و قیل) یعتبر (من حین الإیصاء إلی حین الوفاه)

و فیه: ان هذا القیل لا دلیل علیه بل تقدم ما یدل علی عدمه فراجع(۱).

حصیله البحث:

و لو کـان للوصـی دین علی المیت جـاز له استیفاء دینه ممّا فی یـده و لا یلزم له استیـذان حاکم الشـرع و مثل ذلک قضاء دیون المیّت الّتی یعلم بقاءها، و له ان یوصـی عمن اوصـی الیه و یکون النّظر بعده إلی الحاکم لو لم یوص و کذا من مات و لا وصـیّ له، و مع تعذّر الحاکم یتولّی بعض عدول المؤمنین، و الصّفات المعتبره فی الوصیّ یشترط حصولها حال الوفاه .

۱- ص۳۵۴-۳۵۵

و للموصی أجره المثل

(و للوصی أجره المثل علی نظره فی مال الموصی علیهم)

لا شک فی جواز اخذ الاجره فی الجمله و انما اختلف الاصحاب فی مقدارها.

فقیل: انه یأخذ اجره المثل و ذلک لان اجره المثل هی المصداق لعنوان المعروف الوارد فی الایه المبارکه .

و تؤکد ذلک صحیحه هشام بن الحکم: «سألت ابا عبد اللّه (علیه السلام) عمن تولی مال الیتیم ما له ان یأکل؟ فقال: ینظر الی ما کان غیره یقوم به من الاجر لهم فلیأکل بقدر ذلک»(۱) و هی صریحه فی اجره المثل .

و قیل: یأخذ قدر الکفایه لظاهر قوله تعالی {فَلْیَأْکُلْ بِالْمَعْرُوف} فإن المعروف ما لا إسراف فیه و لا تقتیر من القوت ففی صحیح ابن سنان، عن الصّادق (علیه السلام) فی قوله عزّ و جلّ «فَلْیَأْکُلْ بِالْمَعْرُوفِ» قال: «المعروف هو القوت و إنّما عنی الوصیّ أو القیّم فی أموالهم و ما یصلحهم»(۲).

و موثق سماعه، عن الصّادق (علیه السلام) فی قوله تعالی {وَ مَنْ کانَ فَقِیراً فَلْیَأْکُلْ بِالْمَعْرُوف} فقال: من کان یلی شیئا للیتامی و هو محتاج لیس له ما یقیمه فهو

ص:۴۸۸

۱- وسائل الشیعه ۱۲: ۱۸۶ الباب ۷۲ من ابواب ما یکتسب به الحدیث ۵

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۱۳۰ح۳

يتقاضى أموالهم و يقوم فى ضيعتهم فليأكل بقدر، و لا يسرف و إن كانت ضيعتهم لا تشغله عمّا يعالج لنفسه فلا يرزأن من أموالهم شيئا»(۱). و لا يرزأن يعنى لا يصيبن.

و قيل: أقل الأمرين لأن الأقل إن كان أجره المثل فلا عوض لعمله شرعا سواها و إن كان الأقل الكفايه فلأنها هى القدر المأذون فيه بظاهر الآيه.

و الأقوى جواز أخذ أجره المثل لصراحه صحيحه هشام فى ذلك و صحيح ابن سنان و موثق سماعه قابلان للحمل على هذه الصحيحه و ليسا صريحين بالاخذ بمقدار الكفايه و عليه فيحمل الظاهر– ان قلنا بظهورهما – على النص .

(مع الحاجه)

و هى الفقر كما نبه عليه تعالى بقوله {وَ مَنْ كٰانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ} و لا يجوز مع الغناء لقوله تعالى {وَ مَنْ كٰانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ} .

و قيل يجوز أخذ الأجره مطلقا لأنها عوض عمل محترم .

و فيه: انه اجتهاد قبال النص المتقدم انفا.

و اما مرسله العياشى عن رفاعه، عن الصّادق (عليه السلام) فى قوله تعالى {فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ} قال: كان أبى يقول: إنّها منسوخه».

۱– الكافى (ط – الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۱۲۹ح۱

و ما فی المجمع قال: «روی عن الباقر (علیه السلام) أنّ من کان فقیرا یأخذ من مال الیتیم، قدر الحاجه من الکفایه علی جهه القرض، ثمّ یردّ علیه ما أخذ إذا وجد». فهما ضعیفان سندا و لا یلتفت الیهما.

هذا و قد یقال باعتبار ان لا یکون مال الیتیم قلیلا لروایه ابی الصباح الکنانی: «عن ابی عبد اللّه (علیه السلام) فی قول اللّه عز و جل: {و مَنْ کٰانَ فَقِیراً فَلْیَأْکُلْ بِالْمَعْرُوفِ} فقال: ذلک رجل یحبس نفسه عن المعیشه فلا بأس ان یأکل بالمعروف اذا کان یصلح لهم اموالهم، فان کان المال قلیلا فلا یأکل منه شیئا»(۱) .

و فیه: انها ضعیفه السند بمحمد بن الفضیل - حیث لم یحرز کونه النهدی الثقه- مضافا الی اعراض المشهور عن الفتوی بمضمونها ویمکن تنزیلها علی الاستحباب.

هذا و یجوز للوصی غیر القیم علی الیتیم اخذ اجره المثل لان ذلک مقتضی الامر بالعمل لا علی نحو المجانیه المقتضی لضمان اجره المثل للسیره العقلائیه.

و یصحّ الردّ للوصیّه بشرطین

(و یصحّ الردّ للوصیّه)

لکن بشرطین: ۱- کون ذلک فی حیاه الموصی کما قال: (ما دام حیّا) ۲- (مع بلوغه) الرد .

ص:۴۹۰

۱- وسائل الشیعه ۱۲: ۱۸۵ الباب ۷۲ من ابواب ما یکتسب به الحدیث ۳

كما هو صريح صحيح منصور المتقدم و قد يضاف الى ذلك امكان الايصاء الى شخص آخر استنادا الى قوله (عليه السلام) فى الصحيحه المتقدمه «لأنه لو كان شاهدا فأبى ان يقبلها طلب غيره» .

و فيه انه لا ظهور لهذه الفقره بالعليه بل هى على نحو الحكمه , و عليه (فلو رد و لم يبلغ الموصى بطل الرّد)

(و لو لم يعلم بالوصيّه إلّا بعد وفاه الموصى لزمه القيام بها)

كما فى صحيح محمّد بن مسلم، عن الصّادق (عليه السلام): إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب فليس له أن يردّ وصيّته فإن أوصى إليه و هو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل»(۱).

و صحيح فضيل، عنه (عليه السلام) «فى رجل يوصى إليه؟ فقال: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردّها و إن كان فى مصر يوجد فيه غيره فذلك إليه»(۲).

و ليس المراد بهما الرّدّ بعد الموت و ذلك لما تقدم من صحيحه منصور بن حازم عن الصّادق (عليه السلام): «إذا أوصى الرّجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يردّ عليه وصيّته، لأنّه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره».

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۶ح۱
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۷، ص: ۶ح۲

هذا اذا لم یکن العمل بها حرجیا و الّا جاز ردها حتی مع اختلال ما تقدم لقاعده نفی الحرج المستفاده من قوله تعالی: {ما جَعَلَ عَلَیْکُمْ فِی الدِّینِ مِنْ حَرَجٍ}(۱).

هذا و یلزمه القیام بالوصیه لو لم یعلم بها الّا بعد الموت (الّا مع العجز) فلا یکلف الله نفسا الّا وسعها.

هذا و لو ردّ الوصی الوصیه فهل یلزم من ذلک بطلان الوصیه رأسا ام لا؟ الاقوی هو الثانی لان اقصی ما یستلزمه الرد خلو الوصیه من الوصی و هو لا یقتضی بطلانها.

و هل یجب قبول الولد للوصیه اذا دعاه والده الی ذلک؟ قیل بالوجوب لروایه علی بن الریان: «کتبت الی ابی الحسن (علیه السلام): رجل دعاه والده الی قبول وصیته هل له ان یمتنع من قبول وصیته؟ فوقع (علیه السلام): لیس له ان یمتنع»(۲) و هی وان کانت ضعیفه السند بسهل بن زیاد لکنها موثوق بها حیث اعتمدها الکلینی(۳) و افتی بها الفقیه(۴).

۱- الحج: ۷۸

۲- وسائل الشیعه ۱۳: ۴۰۰ الباب ۲۴ من أبواب أحکام الوصایا الحدیث ۱

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۷ح۶

۴- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۱۹۵

هـذا ولو عیّن الموصـی احـدا لتنفیذ الوصـیه تعین کما هو مقتضـی الادله الداله علی امضاء الوصـیه , بل صـحیح منصور المتقدم صریح فی ذلک.

و لو لم یعیّن الموصـی شخصا للقیام بتنفیذ وصیته او مات الوصی قبل تنفیذ الوصیه فعلی الحاکم الشرعی تعیین شخص لذلک و ذلک لأنه بعـد الحکم شـرعا بصـحه الوصـیه- تمسـکا باطلاقات صـحه الوصـیه- یلزم تصدی بعض لتنفیذها، و اذا دار امر ذلک البعض بین کونه مطلق عدول المؤمنین او خصوص الحاکم الشرعی فینبغی الاقتصار علی من یتیقن باذن الشارع له فی التصدی و هو الحاکم الشرعی و یکون تصدی غیره موردا لاستصحاب عدم ترتب الاثر.

بل یصح التمسک لذلک أیضا بالتوقیع الشـریف و هو صحیح اسحاق بن یعقوب: «سألت محمد بن عثمان العمری ان یوصل لی کتابا قد سألت فیه عن مسائل اشـکلت علیّ فورد التوقیع بخط مولانا صاحب الزمان (علیه السـلام): اما ما سألت عنه ارشدک اللّه و ثبتک ... و اما الحوادث الواقعه فارجعوا فیها الی رواه حدیثنا فانهم حجتی علیکم و انا حجه اللّه ...»(۱).

و یجوز للاب نصب القیم علی اطفاله بعـد الوفاه و هو مما لا خلاف فیه. و یمکن اسـتفاده ذلک من موثقه محمـد بن مسـلم عن ابی عبد اللّه (علیه السلام): «سئل عن رجل

۱- وسائل الشیعه ۱۸: ۱۰۱ الباب ۱۱ من أبواب صفات القاضی الحدیث ۹

أوصـی إلی رجل بولده و بمال لهم و اذن له عند الوصـیه ان یعمل بالمال و ان یکون الربح بینه و بینهم فقال: لا بأس به من أجل ان أباه قد اذن له فی ذلک و هو حی»(۱).

و موردهـا و ان کـان خاصـا بالمضـاربه الّـا انه یمکن التعـدی الی غیره امـا تمسـکا بعموم التعلیل الوارد فی ذیلها او بعـدم القول بالفصل.

و یمکن التمسـک أیضا بالروایات الـداله علی جواز جعل قیم علی الاطفال فی الجمله، فانها و ان لم تحـدد من له حق الجعل الا ان القـدر المتیقن من ذلک هو الاب خصوصا اذا لاحظنا الروایات الـداله علی ان الاب له الولایه علی تزویج الصـغیرین(۲) فانها اذا لم تـدل باسـتقلالها علی جواز جعـل القیم علیهما من باب الاولویه فلا أقلّ هی تـدل علی المطلوب بعـد ضـمّها الی الروایات المتقدمه.

هذا و شمولها للجد محل خلاف قد تقدم فی کتاب البیع.

۱- وسائل الشـیعه ۱۳: ۴۷۸ الباب ۹۲ من أبواب أحکـام الوصایا الحـدیث ۱ هـذا و قـد اشـتمل سـندها علی الحسن بن علی بن یوسـف- و هـو ابن البقـاح الراوی لکتـاب المثنی بن الولیـد علی مـا ذکر النجاشـی فی ترجمه المثنی- الـذی وثّقه النجاشـی فی رجاله: ۲۹ منشورات مکتبه الداوری.

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۰۷ الباب ۶ من ابواب عقد النکاح و اولیاء العقد

و اما الولایه لغیرهما فلم تثبت و ذلک للأصل بعد عدم الدلیل خلافا لابن الجنید حیث جعل للأم الولایه بعد الاب اذا کانت رشیده(۱) و لم یتضح مستنده فی ذلک.

و وظیفه القیّم مع عدم تحدید جهه معینه له التصدی للشؤون المرتبطه بالطفل من تربیته و حفظ امواله و الانفاق علیه و استیفاء دینه و وفاء ما علیه من دین و ما شاکل ذلک. و ذلک لانصراف جعل الولایه له الی جعلها بلحاظ ذلک.

هذا و یجوز للموصی نصب ناظر علی الوصی وظیفته اما لابداء النظر بنحو لا یکون تصرف الوصی نافذا الا اذا وافق نظره، او الاشراف علی عمل الوصی بحیث یکون تحت نظره لیعترض علیه و یردعه اذا رأی منه مخالفه لمقررات الوصیه من دون ان یلزم الوصی بمتابعه رأیه بل یکفی اطلاعه علی عمله الموافق بنظره- الوصی- لمقررات الوصیه. و لعل الغالب تداوله فی جعل الناظر هو هذا المعنی, فانه و ان یشار الیه فی الروایات بل و لا فی کلمات المتقدمین من فقهائنا الّا ان اطلاقات صحه الوصیه و امضائها علی ما هی علیه کقوله تعالی: {فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مٰا سَمِعَهُ فَإِنَّمٰا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ} تشهد علی صحته .

حصیله البحث:

و للوصیّ القیم و غیره أجره المثل عن نظره فی مال الموصی علیهم مع الحاجه، و یصحّ الرّدّ ما دام حیّاً، فلو ردّ و لمّا یبلغ الرّدّ بطل الرّدّ، و لو لم یعلم بالوصیّه إلّا

۱- جواهر الکلام ۲۸: ۲۷۷

بعد وفاه الموصی لزمه القیام بها إلّا مع العجز او کون العمل بها حرجیا , و لا تبطل الوصیه بردّ الوصی و یجب علی الولد قبول الوصیه اذا دعاه والده الی ذلک , و لو لم یعیّن الموصی شخصا للقیام بتنفیذ وصیته او مات الوصی قبل تنفیذ الوصیه فعلی الحاکم الشرعی تعیین شخص لذلک .

(کتاب النکاح)

اشاره

النکاح فی مقابل الزّنا و السّفاح.

و هو عقد یتضمن إنشاء علقه الزوجیه التی تترتب علیها احکام خاصه , و یعبر عنه بتملیک البضع, و المراد من البضع الاستمتاع.

اما ان النکاح هو العقد المذکور و لیس هو الوطء فیشهد له الکتاب العزیز، فانه لم یعهد فیه استعمال لفظ النکاح فی الوطء.

ص:۴۹۶

(و فيه فصول)

(الأوّل: فی المقدّمات)

النكاح مستحب مؤكّد

(النكاح مستحب مؤكّد)

و يكفی فی تأكيده قوله تعالی {وأَنْكِحُوا الْأَيامیٰ مِنْكُمْ وَ الصّالِحِينَ مِنْ عِبادِكُمْ وَ إِمائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَراءَ يُغْنِهِمُ اللّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللّهُ واسِعٌ عَلِيمٌ} و قوله جلّ و علا {فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنیٰ وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلّا تَعْدِلُوا فَواحِدَةً}.

(و فضله محقّق حتی أن المتزوج يحرز نصف دينه و روی ثلثا دينه)

والنصوص بذلک فوق حد الاستفاضه منها صحيح صفوان، عن الصّادق (عليه السلام): «قال النّبیّ صلّی اللّه عليه و آله: تزوّجوا و زوّجوا ألّا فمن حظّ امرئ مسلم إنفاق قيمه أيّمه(۱)، و ما من شی ء أحبّ إلی اللّه عزّ و جلّ من بيت يعمر فی الإسلام بالنكاح، و ما من شی ء أبغض إلی اللّه عزّ و جلّ من بيت يحرب فی الإسلام بالفرقه- يعنی الطلاق-»(۲).

۱- ا لايم فی الأصل التی لا زوج لها بكرا او ثيبا مطلقه او متوفی عنها زوجها. (النهايه).

۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۲۸ح۱

و موثق ابن القدّاح، عن الصّادق (علیه السلام) «رکعتان یصلّیهما المتزوّج أفضل من سبعین رکعه یصلّیهما عزب»(۱).

و معتبر محمّـد بن مسلم، عن الصّادق (علیه السـلام)، عن أمیر المؤمنین (علیه السـلام): «تزوّجوا فإنّ رسول اللّه صـلّی اللّه علیه و آله قال: من أحبّ أن یتّبع سنّتی فإنّ من سنّتی التزویج (التزوّج - ظ)»(۲).

و خبر کلیب بن معـاویه الأسـدیّ، عن الصّادق (علیه السـلام) «قال النّبیّ صـلّی اللّه علیه و آله: من تزوّج أحرز نصف دینه» و فی حدیث آخر «فلیتّق اللّه فی النصف الآخر أو الباقی»(۳). و لم أقف علی روایه الثلثین الّتی ذکرها المصنّف.

و هو أعظم الفوائد بعد الإسلام

(و هو أعظم الفوائد بعد الإسلام)

کما فی صحیح صفوان بن یحیی عن أبی الحسن علیّ بن موسی الرّضا ع قال: «ما أفاد عبد فائده خیراً من زوجهٍ صالحه إذا رآها سرَّته و إذا غاب عنها حفظته فی نفسها و ماله»(۴).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۲۸ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۲۹ح۵

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۲۸ح۲

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۲۷ح۳

و موثق برید العجلیّ، عن الباقر (علیه السلام)، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: قال اللّه عزّ و جلّ: «إذا أردت أن أجمع للمسلم خیر الدّنیا و الآخره جعلت له قلبا خاشعا، و لسانا ذاکرا، و جسدا علی البلاء صابرا، و زوجه مؤمنه تسرّه إذا نظر إلیها و تحفظه إذا غاب عنها فی نفسها و ماله»(۱).

(و لیتخیر البکر)

کما فی معتبر عبد الأعلی بن أعین مولی آل سام، عن الصّادق (علیه السلام): «قال النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: تزوّجوا الأبکار فإنّهنّ أطیب شی ء أفواها،- و فی حدیث آخر- و أنشفه أرحاما و أدرّ شی ء أخلافا، و أفتح شی ء أرحاما- الخبر»(۲).

(و العفیفه الولود الکریمه الأصل و لا یقتصر علی الجمال أو الثروه)

کما فی موثق ابن مسکان و هو من اصحاب الاجماع عن بعض أصحابه، عن الصّادق (علیه السلام): «إنّما المرأه قلاده فانظر إلی ما تقلّده، قال: و سمعته یقول: لیس للمرأه خطر لا لصالحتهنّ و لا لطالحتهنّ، أمّا صالحتهنّ فلیس خطرها الذّهب و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۲۷ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۳۴ح۱، و رواه التّهذیب فی ۷ من أخبار «اختیار أزواجه» و لیس فیه «و فی حدیث آخر». و فیه بعد «أفواها» «و أدرّ شی ء أخلافا، و أحسن شی ء أخلاقا، و أفتح شی ء أرحاما- الخبر» .

الفضّه بل هی خیر من الذّهب و الفضّه، و أمّا طالحتهنّ فلیس التراب خطرها بل التراب خیر منها»(۱).

و فی معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام)، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: اختاروا لنطفکم فإنّ الخال أحد الضجیعین»(۲)

و فی معتبره الاخر: «و أنکحوا الأکفاء و انکحوا فیهم و اختاروا لنطفکم»(۳).

و فی معتبره الثالث: «قام النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله خطیبا فقال: إیّاکم و خضراء الدّمن قیل:و ما خضراء الدّمن؟ قال: المرأه الحسناء فی منبت السوء»(۴).

و صحیح هشام بن الحکم عنه (علیه السلام): «إذا تزوّج الرّجل المرأه لجمالها أو مالها و کل إلی ذلک، و إذا تزوّجها لدینها رزقه اللّه الجمال و المال»(۵).

و صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام): «جاء رجل إلی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله فقال: إنّ لی ابنه عمّ قد رضیت جمالها و حسنها و دینها و لکنّها عاقر؟ فقال: لا تتزوّجها إنّ یوسف بن یعقوب لقی أخاه فقال: یا أخی کیف استطعت أن

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۳۲ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۳۲ح۲

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۳۲ح۳

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۳۲ح۴

۵- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۳۳ح۳

تتزوّج النساء بعدی، قال إنّ أبی أمرنی، و قال: إن استطعت أن تکون لک ذرّیّه تثقل الأرض بالتسبیح فافعل، قال فجاء رجل من الغد إلی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله فقال له مثل ذلک، فقال له: تزوّج سوءاء ولودا، فإنّی مکاثر بکم الأمم یوم القیامه، قال: قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام):ما السّوءاء؟ قال: القبیحه»(۱).

و صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «قال النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: تزوّجوا بکرا ولودا و لا تزوّجوا حسناء جمیله عاقرا، فإنّ أباهی بکم الأمم یوم القیامه»(۲).

استحباب صلاه رکعتین و الدعاء بعدهما بالخیره

(و یستحب صلاه رکعتین و الاستخاره و الدعاء بعدهما بالخیره، و رکعتی الحاجه و الدعاء بعدهما)

کما فی معتبر أبی بصیر، عن الباقر (علیه السلام): «إذا تزوّج أحدکم کیف یصنع؟ قلت: لا أدری، قال: إذا همّ بذلک فلیصلّ رکعتین و لیحمد اللّه عزّ و جلّ ثمّ یقول: «اللّهمّ إنّی أرید أن أتزوّج فقدّر لی من النّساء أعفّهنّ فرجا و أحفظهنّ لی فی نفسها و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۳۳ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۳۳ح۲

مالی و أوسعهنّ رزقا و أعظمهنّ برکه، و قدّر لی ولدا طیّبا، تجعله خلفا صالحا فی حیاتی و بعد موتی- الخبر»(۱).

و معتبر عبد الرّحمن بن أعین، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا أراد الرّجل أن یتزوّج المرأه فلیقل: «أقررت بالمیثاق الذی أخذ اللّه إمساک بمعروف أو تسریح بإحسان»(۲).

وکان علی المصنّف ان یقول بدل «و الاستخاره»: «و الدّعاء بطلب الخیر من اللّه».

و أمّا قوله: «و رکعتی الحاجه و الدّعاء بعدهما» فلم نقف علی مستند له فی خصوص النکاح.

(و الاشهاد و الإعلان)

کما فی صحیح زراره، عن الصّادق (علیه السلام) «سئل عن الرّجل یتزوّج المرأه بغیر شهود، فقال: لا بأس بتزویج البتّه فی ما بینه و بین اللّه إنّما جعل الشهود فی تزویج البتّه من أجل الولد، لو لا ذلک لم یکن به بأس»(۳).

و صحیح هشام بن سالم، عنه (علیه السلام): «إنّما جعلت البیّنات للنسب و المواریث» و فی روایه أخری «و الحدود»(۴).

ص:۵۰۲

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۱ح۳
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۱ح۳
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۸۷ح۱
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۸۷ح۲

و الخطبه أمام العقد

(و)تستحب (الخطبه) بضم الخاء (امام العقد)

للتأسی بالنبی صلی الله علیه و آله و سلم و الأئمه علیهم السلام و خطبهم المنقوله فی ذلک مشهوره(۱) و روی الکلینی أربع خطب عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) و خطبه عن الصّادق (علیه السلام) و خطبه عن أبی الحسن أی الهادی (علیه السلام) ظاهرا لأنّ الرّاوی عبد العظیم و خطبتین عن الرّضا (علیه السلام)، ثمّ روی عن الصّادق (علیه السلام) خطبه أبی طالب فی نکاح النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله خدیجه(۲).

و لا تجب إجماعا أو ضروره، خلافا لداود الظاهری، کما فی خبر عبید بن زراره، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن التزویج بغیر خطبه، قال: أو لیس عامّه ما یتزوّج فتیاننا و نحن نتعرّق الطعام علی الخوان نقول: یا فلان زوّج فلانا فلانه، فیقول: نعم قد فعلت»(۳).

(و إیقاعه لیلا)

ص:۵۰۳

۱- المستدرک الباب- ۳۳- من أبواب مقدمات النکاح

۲- الکافی(فی باب خطب النکاح)

۳- الکافی (فی باب التزویج بغیر خطبه، ۴۳ من نکاحه)

استنادا الی خبر الوشاء عن الرّضا (علیه السلام): «من السنّه التزویج باللّیل لأنّ اللّه تعالی جعل اللّیل سکنا و النساء إنّما هنّ سکن»(۱).

و موثق میسّر بن عبد العزیز، عن الباقر (علیه السلام): «تزوّج باللّیل فإنّ اللّه جعله سکنا، و لا تطلب حاجه باللّیل فإن اللّیل مظلم، ثمّ قال: إنّ للطارق لحقّا عظیما و إنّ للصاحب لحقّا عظیما»(۲) بناء علی أنّ المراد من التزویج فی خبر الوشاء والتزوّج فی الموثق العقد کما فهمه المصنّف تبعا للشیخ و الحلیّ الّا انه غیر معلوم، فلعل المراد به الزفاف کما یفهم من القاضی و یؤیّده التعلیل، و یشهد له أیضا معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام) «زفّوا عرائسکم لیلا و أطعموا ضحی»(۳).

و یؤید ذلک ما فی الحسن عن السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام)، عن آبائه علیهم السّلام: «قال النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: لا سهر إلّا فی ثلاث: متهجّد بالقرآن أو فی طلب العلم، أو عروس تهدی إلی زوجها»(۴) و بالجمله المحقّق استحباب الزفاف لیلا دون العقد.

(و لیجتنب إیقاعه و القمر فی برج العقرب)

ص:۵۰۴

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۶۶ح ۱
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۶۶ح ۳
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۶۶ح ۲
۴- الخصال، ج ۱، ص: ۱۱۲

لخبر الكلینی عن إبراهیم بن محمّد بن حمران عن أبیه عن الصادق (علیه السلام) «من سافر أو تزوّج و القمر فی العقرب لم یر الحسنی»[(۱)] و رواه الفقیه عن محمد بن حمران عن ابیه[(۲)]، و لا بدّ من تحریف أحدهما , قیل: و الظاهر تحریف ما فی الفقیه حیث جعل الرّاوی عن الصّادق (علیه السلام) حمران نفسه، و التّهذیب جعله ابنه محمّد و یشهد لروایه الابن عنه (علیه السلام) تصریح النجاشیّ بروایته عنه (علیه السلام)، و عدّ رجال الشیخ له فی أصحابه (علیه السلام)، و قد روی عنه (علیه السلام) فی غسل یوم الجمعه الفقیه، و فی وسوسه الکافی و غیرهما.

قلت: و یضعفه ان الصدوق نقل الحدیث عن کتاب محمد بن حمران فی موضعین[(۳)] و اما ابراهیم ابنه فلیس بصاحب کتاب و من المحتمل ان ابراهیم نقل الحدیث عن ابیه من کتابه و وقع التحریف فی عبارته, و لا یحتمل ذلک فی عباره الصدوق روی محمد بن حمران فی الموضعین, انه من تحریف النسخه و انه انما نقل روایه عن ابراهیم خارجا عن کتاب ابیه و ذلک لانه لا یناسبه التعبیر بروی بل المناسب ان یعبر و فی روایه...کما هو دیدنه فیما یماثل المورد و کون محمد یروی عن الصادق (علیه السلام) لا ینافی روایته عنه (علیه السلام) بتوسط ابیه کما وان الکافی نقل الروایه عن البرقی عن علی بن اسباط و الحال ان البرقی رواها فی المحاسن عن

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۸، ص: ۲۷۵

۲- الوسائل ج ۲۰، ص: ۱۱۴ باب۵۴ و فی روایه الفقیه والتهذیب تفاوت فی المتن لا یضر.

۳- من لا یحضره الفقیه ج ۲ ص ۲۶۷ و ج ۳ ص۳۹۴

بعض اصحابه عن علی بن اسباط(۱) فیعلم من ذلک اضطراب احدهما و علیه فلا عبره بهما, وعلیه فسند الصدوق الیه صحیح وعلی فرض ضعفه فهو مجبور بعمل الاصحاب کالکلینی و الصدوق و المفید(۲) و غیرهم.

و یؤید ما تقدم خبر عبد العظیم، عن الهادی (علیه السلام) قالَ: «من تزوَّج و القمر فی العقرب لم یَرَ الحُسنَی و قال: من تزوّج فی محاق الشّهر فلیسلم لسقط الولد»(۳) و لم ینقله الفقیه لکنّه قال: «و روی أنّه یکره التزویج فی محاق الشهر»(۴) فکأنّه کان له تردّد فی صحّه هذا الخبر الذی رواه فی العلل و العیون و لم یذکره الأکثر. و المحاق من الشهر ثلاث لیال من آخره(۵), نعم یکره الجماع فی محاق الشهر کما ورد فی صحیح الجعفری(۶) و هو شیء اخر.

حصیله البحث:

ص:۵۰۶

۱- المحاسن- ۳۴۷- ۲۰

۲- المقنعه ص ۵۱۴

۳- وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص: ۱۱۵ح۳

۴- وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص: ۱۱۵ح۲

۵- الصحاح للجوهری ۴- ۱۵۵۳

۶- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۰۲

النكاح عقد يتضمن إنشاء علقه الزوجيه التى تترتب عليها احكام خاصه, و النّكاح مستحبٌّ مؤكّدٌ و فضله مشهورٌ محقّقٌ و هو من أعظم الفوائد بعد الاسلام، و ليختر البكر العفيفه الولود الكريمه الأصل، و لا يقتصر على الجمال أو الثّروه، و يستحبّ صلاه ركعتين و الاستخاره و الدّعاء بطلب الخير من اللّه و الإشهاد و الإعلان و الخطبه أمام العقد و ليجتنب إيقاع العقد و القمر فى برج العقرب و يستحب إيقاع الزفاف ليلًا .

استحباب صلاه ركعتين و الدعاء إذا أراد الدخول

(فإذا أراد الدخول صلى ركعتين و دعا) بالمأثور (و المرأه كذلك)

اقول: لا شك فى استحباب صلاه ركعتين عند إراده النكاح، و أمّا عند الدّخول فغير معلوم نعم استحباب الدّعاء معلوم كما فى صحيح أبى بصير، عن الصّادق (عليه السلام): «إذا دخلت بأهلك فخذ بناصيتها و استقبل القبله و قل: «اللّهمّ بأمانتك أخذتها و بكلماتك استحللتها، فإن قضيت لى منها ولدا فاجعله مباركا تقيّا من شيعه آل محمّد عليهم السّلام و لا تجعل للشيطان فيه شركاء و لا نصيبا»(۱).

و يدلّ على اختصاص الصلاه بوقت إراده النكاح ما فى معتبره ايضا: «قال لى أبو جعفر (عليه السلام): إذا تزوّج أحدكم كيف يصنع؟ قلت: لا أدرى قال: إذا همّ بذلك فليصلّ ركعتين و ليحمد اللّه عزّ و جلّ، ثمّ يقول: «اللّهمّ إنّى أريد أن أتزوّج فقدّر

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۰۰ح۲

لی من النساء أعفّهنّ فرجا و أحفظهنّ لی فی نفسها و مالی و أوسعهنّ رزقا»- إلی- فإذا دخلت علیه فلیضع یده علی ناصیتها و لیقل: «اللّهمّ علی کتابک تزوّجتها و فی أمانتک أخذتها و بکلماتک استحللت فرجها، فإن قضیت لی فی رحمها شیئا، فاجعله مسلما سویّا. و لا تجعله شرک شیطان- الخبر»(۱).

ففصّل فیه بین إراده التزوّج و وقت الدّخول فاستحبّ للأوّل الصّلاه و الدّعاء، و للثانی الدّعاء فقط، نعم وردت الصّلاه فی ما إذا کان المتزوّج شیبا و خاف بغض المرأه له لا- مطلقا، کما فی صحیحه أیضا «قال: سمعت رجلا و هو یقول لأبی جعفر (علیه السلام): جعلت فداک إنّی رجل قد أسننت و قد تزوّجت امرأه بکرا صغیره و لم أدخل بها و أنا أخاف أنّها إذا دخلت علیّ ترانی أن تکرهنی لخضابی و کبری، فقال أبو جعفر (علیه السلام): إذا دخلت فمرها قبل أن تصل إلیک أن تکون متوضّئه، ثمّ أنت لا تصل إلیها حتّی توضّأ و صلّ رکعتین، ثمّ مجّد اللّه و صلّ علی محمّد و آل محمّد، ثمّ ادع و مر من معها أن یؤمّنوا علی دعائک: و قل: «اللّهمّ ارزقنی إلفها و ودّها و رضاها و أرضنی بها و اجمع بیننا بأحسن اجتماع، و آنس ایتلاف، فإنّک تحبّ الحلال و تکره الحرام» ثمّ قال: و اعلم أنّ الالف من اللّه و الفرک من الشیطان لیکره ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۰ح۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۰ح۱

و أمّا ما قاله المصنف من أنّ المرأه أيضا كذلك تصلّى و تدعو فاستند فيه إلى روايه التّهذيب لصحيح أبى بصير الأخير فزاد فيه ذلك ففيه بعد «حتّى توضّأ و تصلّى ركعتين»: ثمّ مرهم يأمروها أن تصلّى أيضا ركعتين ثمّ تحمد اللّه و تصلّى على محمّد و آله، ثمّ ادع اللّه و مر من معها- إلخ»(1).

ثمّ على فرض صحّه ما فى التّهذيب و سقوط الزّياده عن الكافى كما هو مقتضى اصاله عدم الزياده فمورده أيضا تزوّج الشيب لا مطلقا مع أنّه أيضا إنّما تضمّن الصّلاه فقط للمرأه بدون الدّعاء و إنّما تضمّن حمدها و تصليتها فقط بعد الصّلاه.

هذا و الأصل فى القول باستحباب الصّلاه و الدّعاء عند الدّخول الشيخ و تبعه القاضى و ابن حمزه لكن فى المرأه لم يقولوا بالدّعاء حتّى أنّ الحلىّ الذى نسب ما قاله الشيخ إلى الروايه اقتصر فى الدّعاء، على الرّجل، و قلنا: إنّ الرّوايه أصلها فى شيب و شابّه لا مطلقا كما هو المدّعى، و بالجمله الواجب الاقتصار على مورد الخبر و مقدار دلالته.

(و ليكن ليلا)

و قد عرفت عند قول المصنف: باستحباب العقد ليلا أنّ المحقّق من خبر التزويج ليلا الزّفاف دون العقد

ص:509

1- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج 7، ص: 409ح8

هـذا و فی صـحیح ابـان و هو من اصـحاب الاجمـاع عن عبـد الرّحمن بن أعین، عن الصّـادق (علیه السـلام): «إذا أراد الرّجل أن یتزوّج المرأه فلیقل «أقررت بالمیثاق الذی أخذ اللّه إمساک بمعروف أو تسـریح بإحسان»(۱) و هو ظاهر فی استحباب هذا القول وقت الزّفاف لا عند اراده التزوج و الّا لقال اذا اراد ان یتزوج امرأه.

و فی خـبر المیثمیّ رفعـه «قـال: أتی رجـل أمیر المـؤمنین (علیـه السـلام) فقـال لـه: إنّی تزوّجت فـادع اللّه لی، فقـال: قـل: «اللّهمّ بکلماتـک اسـتحللتها و بأمانتک أخـذتها اللّهمّ اجعلها ولودا و دودا لا تفرک، تأکل مما راح و لا تسأل عمّا سـرح»(۲) و به افتی الکلینی.

و المراد منه ما إذا لم یـدع عنـد الـدّخول یـدعو بعده بما قاله (علیه السـلام)، واما معنی «راح» و «سـرح» فقال الجوهریّ: سـرحت الماشیه بالغداه و راحت بالعشی أی رجعت. و لعلّ المراد هنا کنایه عن قناعتها بما یأتی به زوجها و رضایتها بما حضره عندها.

(و یضع یده علی ناصیتها) کما تقدم.

حصیله البحث:

یستحب صـلاه رکعتین عند إراده النکاح، ویستحب الدّعاء بالمأثور عند الدخول , و یستحب الصّلاه و الدعاء بالمأثور فی ما إذا کان المتزوّج شیبا و خاف بغض المرأه له لا مطلقا .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۱ح۵
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۱ح۴

و يسمّی تعالی عند الجماع دائما

(و يسمّی تعالی عند الجماع دائما)

كما فی المستفيضه و هی وان كان فی اسنادها ضعف لكنها موثوق بها لموافقتها للكتاب بالامر بالاستعاذه من الشيطان الرجيم.

مثل خبر الحلبیّ، عن الصّادق (عليه السلام) «فی الرّجل إذا أتی أهله فخشی أن يشاركه الشيطان؟ قال: يقول: «بسم اللّه» و يتعوّذ باللّه من الشيطان الرّجيم»(۱).

و خبر ابن القدّاح، عنه (عليه السلام): «قال أمير المؤمنين (عليه السلام): إذا جامع أحدكم فليقل: «بسم اللّه و باللّه اللّهمّ جنّبنی الشّيطان و جنّب الشّيطان ممّا رزقتنی» قال: فإن قضی اللّه بينهما ولدا لا يضرّه الشّيطان أبدا»(۲)

هذا، و فی صحيح هشام بن سالم، عنه (عليه السلام) «فی النطفتين اللّتين للآدمی و الشّيطان إذا اشتركا فقال (عليه السلام): ربما خلق من أحدهما و ربما خلق منهما جميعا»(۳).

(و يسأل اللّه الولد الذكر السوی)

كما تقدم فی معتبر ابی بصير «...فإن قضيت لی فی رحمها شيئا، فاجعله مسلما سويّا...- الخبر»(۴).

ص:۵۱۱

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۰۲ح۱
۲- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۰۳ح۳
۳- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۰۳ح۶
۴- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۰۰ح۳

و فی خبر عبد الرّحمن بن کثیر قال: «کنت عند أبی عبد اللّه (علیه السلام) جالسا فذکر شرک الشّیطان فعظّمه حتّی أفزعنی، قلت: جعلت فداک فما المخرج من ذلک قال: إذا أردت الجماع فقل: «بسم اللّه الرّحمن الرّحیم الذی لا إله إلّا هو بدیع السماوات و الأرض اللّهمّ إن قضیت منّی فی هذه اللّیله خلیفه فلا تجعل للشّیطان فیه شرکا و لا نصیبا و لا حظّا، و اجعله مؤمنا مخلصا مصفّی من الشّیطان و رجزه جلّ ثناؤک»(۱).

و خبر أبی بصیر: قال لی أبو عبد اللّه (علیه السلام): «یا أبا محمّد إذا أتیت أهلک فأیّ شی ء تقول؟ قلت: جعلت فداک و أطیق أن أقول شیئا؟ قال: بلی قل: «اللّهمّ بکلماتک استحللت فرجها و بأمانتک أخذتها، فإن قضیت فی رحمها شیئا فاجعله تقیّا زکیّا و لا تجعل للشّیطان فیه شرکا» قلت: جعلت فداک و یکون فیه شرک الشّیطان، قال: نعم أما تسمع قول اللّه عزّ و جلّ فی کتابه {وَ شارِکْهُمْ فِی الْأَمْوالِ وَ الْأَوْلادِ} إنّ الشّیطان یجی ء فیقعد کما یقعد الرّجل و ینزل کما ینزل الرّجل قلت: بأیّ شی ء یعرف ذلک قال: بحبّنا و بغضنا»(۲).

قلت: و یکفی فی استحباب الدعاء مشارکه الشیطان لنا کما جاء فی الآیه {وَ اسْتَفْزِزْ مَنِ اسْتَطَعْتَ مِنْهُمْ بِصَوْتِکَ وَ أَجْلِبْ عَلَیْهِمْ بِخَیْلِکَ وَ رَجِلِکَ وَ شارِکْهُمْ فِی

ص:۵۱۲

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۳ح۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۳ح۵

الْأَمْوالِ وَ الْأَوْلادِ وَ عِدْهُمْ وَ ما يَعِدُهُمُ الشَّيْطانُ إِلّا غُرُوراً}(۱) و بها استشهد الامام (عليه السلام) .

استحباب الوليمه يوما أو يومين

(و ليولم يوما أو يومين)

ففى صحيح هشام بن سالم، عن الصّادق (عليه السلام): «إنّ النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله حين تزوّج ميمونه بنت الحارث أولم عليها و أطعم النّاس الحيس»(۲).

و فى خبر الوشّاء، عن الرّضا (عليه السلام) «أنّ النجاشىّ لمّا خطب للنّبىّ صلّى اللّه عليه و آله آمنه بنت أبى سفيان فزوّجه دعا بطعام، ثمّ قال: إنّ من سنن المرسلين الإطعام عند التزويج»(۳).

و أمّا كونها يوما أو يومين فيشهد له معتبر السّكونىّ، عن الصّادق (عليه السلام): «قال النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله: الوليمه أوّل يوم حقّ و الثانى معروف و ما زاد رياء و سمعه»(۴)

۱- الإسراء: ۶۴

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۶۸ح۲

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۶۷ح۱

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۶۸ح۴

و مرفوع ابن فضّال إلى أبی جعفر (علیه السلام):«الولیمه یوم و یومان مکرمه، و ثلاثه أیّام ریاء و سمعه»(۱).

و اما ما فی مرسل علیّ بن الحکم قال: «أولم أبو الحسن موسی (علیه السلام) ولیمه علی بعض ولده فأطعم أهل المدینه ثلاثه أیّام الفالوذجات فی الجفان فی المساجد و الأزقّه فعابه بذلک بعض أهل المدینه فبلغه ذلک فقال: ما آتی اللّه عزّ و جلّ نبیّا من أنبیائه شیئا إلّا و قد آتی محمّدا صلّی اللّه علیه و آله مثله و زاده ما لم یؤتهم، قال لسلیمان {هٰذٰا عَطٰاؤُنٰا فَامْنُنْ أَوْ أَمْسِکْ بِغَیْرِ حِسٰابٍ} و قال لمحمّد صلّی اللّه علیه و آله {وَ مٰا آتٰاکُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَ مٰا نَهٰاکُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا}(۲).

فلا یعلم ان المراد من قوله: «ولیمه علی بعض ولده» ولیمه علی عرسه, و الظاهر انها ولیمه تولّد بعض ولده بشهاده خبر منهال القصّاب قال: «خرجت من مکّه و أرید المدینه فمررت بالأبواء و قد ولد لأبی عبد اللّه (علیه السلام) موسی (علیه السلام) فسبقته إلی المدینه و دخل بعدی بیوم فأطعم النّاس ثلاثا فکنت آکل فی من یأکل فما آکل شیئا إلی الغد حتّی أعود فآکل فمکثت بذلک ثلاثا أطعم حتّی ارتفق ثمّ لا أطعم شیئا إلی الغد»(۳).

(و یدعو المؤمنین إلیها)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۶۸ح۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۸۱ح۱

۳- المحاسن، ج ۲، ص: ۴۱۸ح۱۸۷

لا سیّما المساکین ففی صحیح حمّاد بن عثمان قال: « أولَمَ إسماعیل ره فقال له أبو عبد اللّه ع علیک بالمساکین فأشبعهم فإنَّ اللّه یقول {وَ ما یُبْدِئُ الْباطِلُ وَ ما یُعِیدُ}(۱).

و مرسل معلی بن محمد عن أبی إبراهیم (علیه السلام) «نهی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله عن طعام ولیمه یخصّ بها الأغنیاء و یترک الفقراء»(۲).

(و یستحب لهم الإجابه)

کما فی صحیح جابر، عن الباقر (علیه السلام): «قال النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: أوصی الشاهد من أمّتی و الغائب أن یجیب دعوه المسلم و لو علی خمسه أمیال فإنّ ذلک من الدّین»(۳).

و معتبر السّکونی، عن الصّادق (علیه السلام) «أجب فی الولیمه و الختان و لا تجب فی خفض الجواری»(۴).

۱- المحاسن، ج ۲، ص: ۴۱۸ح۱۸۸
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۸۲ح۴
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۷۴ح۴
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۶، ص: ۲۷۵ح۶

جواز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال

(و يجوز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال)

و عليه السيره قديما و حديثا، و فى صحيح علىّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام): «سألته عن النثار من السكر و اللّوز و أشباهه أ يحلّ أكله؟ فقال: يكره أكل ما انتهب»(۱) و نسبه فى الفقيه الى الروايه(۲) و هو ظاهر فى جواز الاخذ الّا انه مكروه , قلت: «النَّهْبُ: الغنيمه، و الانْتِهَابُ: أخذه من شاء. و الإِنْهَابُ: إباحته لمن شاء»(۳).

حصيله البحث:

و يسمّى عند الجماع دائماً، و يسأل اللّه الولد السّوىّ الصّالح، و ليولم يوماً أو يومين و يدعو المؤمنين لا- سيما المساكين و تستحبّ الإجابه، و يجوز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال .

ص:۵۱۶

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۱۲۳ح۷

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۱۶۰

۳- كتاب العين، ج ۴، ص: ۵۹ للفراهيدى، خليل بن احمد، نشر هجرت، قم المقدسه.

كراهه الجماع عند الزوال

(و يكره الجماع عند الزوال)

إستنادا الى ما فى الفقيه مرسلا وما فى الامالى مسندا عن أبى سعيد الخدرىّ- إلى- عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله: «يا علىّ لا تجامع امرأتک بعد الظهر، فإنّه إن قضى بينكما ولد فى ذلك الوقت يكون أحول و الشّيطان يفرح بالحول فى الإنسان- الخبر»(۱).

اقول: و الخبر عامى ولم يروه الكافى و لا الشيخ و لم نر من أفتى به من القدماء أحد حتّى هو فى مقنعه و هدايته سوى ابن حمزه، مع أنّ فيه بعد الظّهر و المصنف قال «عند الزّوال» و الأصل فى هذا الفرع ابن حمزه حيث افتى ببعض ما تضمنه الخبر فانه قد تضمّن امورا اخرى ففيه كراهه الجماع ليله الأضحى، و بين الأذان و الإقامه، ففيه: يا علىّ لا تجامع امرأتك فى ليله الأضحى فإنّه إن قضى بينكما ولد يكون له ستّ أصابع أو أربع أصابع» و فيه «يا علىّ لا تجامع امرأتك بين الأذان و الإقامه فإنّه إن قضى بينكما ولد يكون حريصا على إهراق الدّماء» و فيه أيضا «لا تجامع امرأتك تحت شجره مثمره فإنّه إن قضى بينكما ولد يكون جلّادا قتّالا أو عرّيفا، يا علىّ لا تجامع امرأتك فى وجه الشّمس و تلألؤها إلّا أن ترخى سترا فيستر كما فإنّه إن قضى بينكما ولد يكون أعمى القلب بخيل اليد، يا علىّ لا

۱- الفقيه (فى نوادره بعد طلاقه و حكم عنّينه) و الأمالى(للصدوق) ص: ۵۶۷

تجامع أهلك فی النّصف من شعبان، فإنّه إن قضی بینکما ولد یکون مشوما ذا شامه فی وجهه، یا علیّ لا تجامع أهلک فی آخر درجه منه إذا بقی یومان فإنّه إن قضی بینکما ولد یکون عشّارا أو عونا للظالمین و یکون هلاک فئام من النّاس علی یدیه، یا علیّ لا ـ تجامع أهلک علی سقوف البنیان فإنّه إن قضی بینکما ولد یکون منافقا مرائیا مبتدعا، یا علیّ إذا خرجت فی سفر فلا تجامع أهلک فی تلک اللّیله فإنّه إن قضی بینکما ولد ینفق ماله فی غیر حقّ» و فیه «یا علیّ لا تجامع أهلک إذا خرجت إلی سفر مسیره ثلاثه أیّام و لیالیهنّ فإنّه إن قضی بینکما ولد یکون عونا لکلّ ظالم یملک».

(و بعد الغروب حتّی یذهب الشفق)

کما فی صحیح ابن ابی عمیر عن عبد الرّحمن بن سالم، عن أبیه، عن الباقر (علیه السلام): «قلت له: هل یکره الجماع فی وقت من الأوقات و إن کان حلالا؟ قال: نعم ما بین طلوع الفجر إلی طلوع الشمس و من مغیب الشمس إلی مغیب الشفق- الخبر»(۱).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۸ح۱

و صحیح عمرو بن عثمان، عنه (علیه السلام) «سألته أ یکره الجماع فی ساعه من السّاعات، قال: نعم- إلی- و فی ما بین غروب الشمس إلی أن یغیب الشّفق و من طلوع الفجر إلی طلوع الشّمس- الخبر»(۱).

(و عاریا)

استنادا لمعتبر الفقیه «و سأل محمّد بن الفیض أبا عبد اللّه (علیه السلام) فقال: أجامع و أنا عریان قال: لا، و لا تستقبل القبله و لا تستدبرها»(۲) و به افتی الشیخ فی التهذیب(۳) و ابن الفیض و ان کان مهملا الّا ان الراوی عنه ابن ابی عمیر(۴) و هو من اصحاب الاجماع مضافا الی اعتماد الصدوق علی کتابه و علیه فالخبر موثوق به .

و خبر الحسین بن زید، عن الصّادق (علیه السلام)، عن آبائه علیهم السّلام، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: «إذا تجامع الرّجل و المرأه فلا یتعریان فِعلَ الحمارَین فإنّ الملائکه یخرج من بینهما إذا فعلا ذلک»(۵).

(و عقیب الاحتلام قبل الغسل)

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۰۳

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۰۴

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۲ح۱۸ و فیه: سال محمد بن العیص بدل ابن الفیض .

۴- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۵۲۵

۵- علل الشرائع ج ۲ باب علل نوادر النکاح ص ۵۱۳

كما فى خبر حمّاد بن عمرو و أنس بن محمّد، عن أبيه، عن جعفر بن محمّد، عن آبائه، عن النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله- إلى- «و كره أن يأتى الرّجل أهله و قد احتلم حتّى يغتسل من الاحتلام فإن فعل ذلك و خرج الولد مجنونا فلا يلومنّ إلّا نفسه»(۱).

و خبر الحسين بن زيد، عن جعفر بن محمّد، عن آبائه عليهم السّلام، عن النّبيّ صلّى اللّه عليه و آله: «كره لكم أيّتها الأمّه أربعه و عشرين خصله- إلى- و كره أن يغشى الرّجل المرأه و قد احتلم حتّى من احتلامه الذى رأى فإن فعل و خرج الولد مجنونا فلا يلومنّ إلّا نفسه- الخبر»(۲) و الخبران وان كانا ضعيفى السند لكن الاصحاب عملوا بمضمونهما.

(أو الوضوء)

إنّما زاد الوضوء الشيخ و تبعه القاضى و ابن حمزه، و أمّا المفيد(۳) و الدّيلميّ و الحلىّ فلم يذكروا غير الغسل و هو الصواب، لأنّ الخبر لم يذكر غيره.

(و الجماع عند ناظر اليه)

ص:۵۲۰

۱- الفقيه نوادر آخر الفقيه و التهذيب فى ۱۸ من أخبار السنّه باب عقود النكاح

۲- من لايحضره الفقيه،ج ۳،ص: ۵۵۷

۳- المقنعه (للشيخ المفيد) ص: ۵۱۶

ففی صحیح الحلبیّ عن أبی عبد اللّه ع قال: «سألته عن قول اللّه عزّ و جل {أَوْ لاٰمَسْتُمُ النِّساء} فقال هو الجماع و لکنَّ اللّه ستیرٌ یحبُّ السَّتر فلم یُسمِّ کما تسمُّون»(۱).

و فی خبر ابن راشد، عن أبیه، عن الصّادق (علیه السلام): «لا یجامع الرّجل امرأته و لا جاریته و فی البیت صبیّ فإنّ ذلک ممّا یورث الزّنا»(۲).

و خبر الحسین بن زید، عنه (علیه السلام): قال النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: و الذی نفسی بیده لو أنّ رجلا غشی امرأته و فی البیت صبیّ مستیقظ یراهما و یسمع کلامهما و نفسهما ما أفلح أبدا إن کان غلاما کان زانیا أو جاریه کانت زانیه، قال:کان علیّ بن الحسین علیهما السّلام: إذا أراد أن یغشی أهله أغلق الباب و أرخی الستور و أخرج الخدم»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۸ح۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۹ح۱ و التّهذیب فی ۲۷ من أخبار السنّه فی عقود النکاح، عن الکافی، لکن فیه بدل «ابن راشد» «أبی راشد»، والمحاسن فی ۴۲ من أخبار علله لکن فیه «ابن رشید»، و رواه علل الصدوق فی باب العلّه الّتی لا یجوز أن یجامع الرّجل و فی البیت صبیّ، ۲۶۷ من أبوابه و فیه بدل «ابن راشد» «حنان بن سدیر» و فیه «یورثه الزّنا».

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۹ح۲

و عن طبّ الحسين بن بسطام و أخيه بإسنادهما «عن أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): إيّاك أن تجامع أهلك و صبیّ ينظر إليك فإنّ النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله كان يكره ذلك أشد كراهيه»(۱).

ثمّ المفهوم من خبر الحسين بن زيد المتقدّم صيروره الناظر- غلاما كان أو جاريه- زانيا و مثله الخبر الأوّل على نقل العلل بلفظ «يورثه الزّنا» و لكن عن طبّ ابن بسطام و أخيه بإسنادهما «عن جابر، عن الباقر (علیه السلام) إيّاك و الجماع حيث يراك صبیّ يحسن أن يصف حالك، قلت: يا ابن رسول اللّه كراهه الشنعه؟ قال: لا- فإنّك إن رزقت ولدا كان شهره علما فی الفسق و الفجور»(۲) و هو أيضا دالّ على اشتراط كون الصبیّ مميّزا.

(و النظر الى الفرج حال الجماع و غيره)

قلت: المسلّم كراهته حال الجماع، كما فی موثق سماعه قال: «سألته عن الرّجل ينظر فی فرج المرأه و هو يجامعها؟ قال: لا بأس به إلّا أنّه يورث العمى فی الولد»(۳) ومثله فی كون الكراهه حال الجماع غيره.

۱- وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص: ۱۳۴ح۹
۲- وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص: ۱۳۴ح۸
۳- وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص: ۱۲۱ح۳

و أمّا خبر الحسين بن زيد، عن الصّادق (عليه السلام)، عن آبائه عليهم السّلام، عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله: «و كره النظر إلى فروج النساء و قال: إنّه يورث العمى»(۱)، و خبر حمّاد بن عمرو و أنس بن محمّد، عن أبيه، عن الصّادق (عليه السلام)، عن آبائه عليهم السّلام، عن النّبىّ - إلى -: و النظر إلى فروج النساء لأنّه يورث العمى»(۲) فمضافا لضعف سندهما يحمل إطلاقهما لإجمالهما على الأخبار الأولى المفصّله.

و يدلّ على عدم الكراهه مرسل ابن ابى عمير عن إسحاق بن عمّار، عن الصّادق (عليه السلام) «فى الرّجل ينظر إلى امرأته و هى عريانه؟ قال: لا بأس بذلك و هل اللّذه إلّا ذلك»(۳).

هذا و ظاهر الكلينى عدم كراهته حتى فى حال الجماع و ذلك لعدم روايته لها بل اقتصاره على ما هو ظاهر فى عدم الكراهه فروى خبر أبى حمزه، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته أ ينظر الرّجل إلى فرج امرأته و هو يجامعها؟ فقال: لا بأس»(۴) .

اقول: و الجمع بينه و بين موثق سماعه هو حمل الكراهه فى حال الجماع بالنظر إلى الباطن بقرينه حديث الأربعمائه وهو صحيح سندا «عن علىّ (عليه السلام): لا ينظرنّ أحدكم إلى باطن فرج امرأته، فلعلّه يرى ما يكره و يورث العمى»(۵).

ص:۵۲۳

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۵۵۶

۲- من لا يحضره الفقيه، ج ۴، ص: ۳۵۷

۳- وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص: ۱۲۰ح۱

۴- وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص: ۱۲۰ح۲

۵- الخصال باب الاربعمائه ح ۱

(و الجماع مستقبل القبله و مستدبرها)

كما فى معتبر الفقيه «و سأل محمّد بن الفيض أبا عبد اللّه (عليه السلام) فقال: أجامع و أنا عريان قال: لا، و لا تستقبل القبله و لا تستدبرها»(۱) و موثق غياث بن إبراهيم، عن الصّادق (عليه السلام) «كره أن يجامع الرّجل مقابل القبله»(۲) .

(و الكلام عند ملتقى الختانين الّا بذكر اللّه تعالى)

للرجل كما فى حديث الأربعمائه الصحيح سندا «عن علىّ (عليه السلام): إذا أتى أحدكم زوجته فليقلّ الكلام، فإن الكلام عند ذلك يورث الخرس»(۳) و ظاهره الاختصاص بالرّجل.

و عليه يحمل خبر عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (عليه السلام): «اتّقوا الكلام عند ملتقى الختانين فإنّه يورث الخرس»(۴) و خبر الحسين بن زيد، عن الصّادق (عليه السلام)، عن آبائه

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۰۴

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۶۰ح۱۷

۳- الخصال باب الاربعمائه ح۱

۴- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۹۸ح۷

علیهم السّلام، عنه صلّی اللّه علیه و آله «و نهی أن یکثر الکلام عند المجامعه، و قال: یکون منه خرس الولد»(۱) مضافا لضعفهما سندا.

(و لیله الخسوف و یوم الکسوف و عند هبوب الریح الصفراء أو السوداء أو الزلزله)

أو الرّیح الحمراء، کما تقدم فی صحیح ابن ابی عمیر عن عبد الرّحمن بن سالم، عن أبیه، عن الباقر (علیه السلام) قلت له: «هل یکره الجماع فی وقت من الأوقات و إن کان حلالا قال: نعم- إلی- و فی الیوم الذی ینکسف فیه الشمس، و فی اللّیله الّتی ینخسف فیها القمر، و فی اللّیله و الیوم اللّذین یکون فیهما الرّیح السّوداء أو الرّیح الحمراء و الرّیح الصفراء، و الیوم و اللّیله اللّذین یکون فیهما الزّلزله، و لقد بات النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم عند بعض أزواجه فی لیله انکسف فیها القمر فلم یکن منه فی تلک اللّیله ما یکون منه فی غیرها حتّی أصبح، فقالت له: أ لبغض کان منک فی هذه اللّیله؟ قال: لا و لکن هذه الآیه ظهرت فی هذه اللّیله فکرهت أن أتلذّذ و ألهو فیها و قد عیّر اللّه أقواما فقال عزّ و جلّ فی کتابه {وَ إِنْ یَرَوْا کِسْفاً مِنَ السَّماءِ ساقِطاً یَقُولُوا سَحابٌ مَرْکُومٌ فَذَرْهُمْ حَتّی یُلاقُوا یَوْمَهُمُ الَّذِی فِیهِ یُصْعَقُونَ} ثمّ قال أبو جعفر (علیه السلام): و أیم اللّه لا یجامع أحد فی هذه الأوقات الّتی نهی النّبیّ صلّی اللّه

ص:۵۲۵

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۵

علیه و آله و سلّم عنها و قد انتهی إلیه الخبر فیرزق ولدا فیری فی ولده ذلک ما یحبّ»(۱).

(و أول لیله من کل شهر الّا شهر رمضان و نصفه)

ویدلّ علی ما قال صحیح حدیث الأربعمائه «عن علیّ (علیه السلام): إذا أراد أحدکم أن یأتی أهله فلیتوقّ أوّل الأهلّه و أنصاف الشهور فإنّ الشّیطان یطلب الولد فی هذین الوقتین و الشیاطین یطلبون الشرک فیهما فیجیئون و یحلبون»(۲) وغیره .

و أمّا الکراهه فی کلّ المحاق فلصحیح سلیمان بن جعفر الجعفریّ، عن أبی الحسن (علیه السلام) «من أتی أهله فی محاق الشّهر فلیسلم لسقط الولد»(۳).

و أمّا استثناء أوّل لیله من شهر رمضان فلمرسله الفقیه «و قال علیّ (علیه السلام): یستحبّ للرّجل أن یأتی أهله أوّل لیله من شهر رمضان لقول اللّه عزّ و جلّ {أُحِلَّ لَکُمْ لَیْلَهَ الصِّیٰامِ الرَّفَثُ إِلیٰ نِسٰائِکُمْ}(۴) فلو قلنا بحجیتها بعد فتوی الصدوق بها فهو و الّا فلا, و الایه لا تدل علی اکثر من الجواز.

(و فی السفر مع عدم الماء)

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۸ح۱

۲- الخصال باب الاربعمائه ح۱

۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۰۲

۴- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۷۳

إلّا أن يخاف على نفسه فلا يكره له ذلك كما فى صحيح إسحاق بن عمّار قال: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرّجل يكون معه أهله فى السّفر لا يجد الماء أ يأتى أهله؟ قال: ما أحبّ أن يفعل إلّا أن يخاف على نفسه؟ قال: قلت: طلب بذلك اللّذّه أو يكون شبقا إلى النساء؟ قال: إنّ الشّبق يخاف على نفسه، قلت: يطلب بذلك اللّذّه؟ قال:هو حلال، قلت: فإنّه يروى عن النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله «أنّ أبا ذرّ سأله عن هذا، فقال:ائت أهلك تؤجر، فقال: يا رسول اللّه آتيهم و أوجر، فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله: كما أنّك إذا أتيت الحرام أزرت فكذلك إذا أتيت الحلال أجرت» فقال أبو عبد اللّه (عليه السلام): ألا ترى أنّه إذا خاف على نفسه فأتى الحلال أجر»(۱).

ثمّ إنّ الكلينى ذكر كراهه جماع المختضب حيث روى خبر مسمع بن عبد الملک، عن الصّادق (عليه السلام): لا يجامع المختضب، قلت: جعلت فداك لم لا يجامع المختضب؟ قال: لأنّه محتصر»(۲).

قلت: ويدل على ذلك صحيح ابن ابى عمير عن أسلم مولى علىّ بن يقطين قال: «أردت أن أكتب إلى أبى الحسن (عليه السلام) أسأله يتنوّر الرّجل و هو جنب؟ قال:

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۹۵ح۳

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۴۹۸ح۸

فکتب لی ابتداء «النوره تزید الجنب به نظافه و لکن لا یجامع الرّجل مختضبا و لا تجامع امرأه مختضبه»(۱).

هذا وقد ورد کراهه الجماع فی السفینه کما فی معتبر ابن الفیض علی نسخه الفقیه او ابن العیص حسب نسخه التهذیب وقد تقدم ففیه: «و قال علیّ (علیه السلام) لا تجامع فی السفینه»(۲).

کما و لم یـذکر کراهه الجماع حین طلوع الشّـمس و اصـفرارها قبل الغروب کما ورد فی صـحیح عبید اللّه الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر و قال: «إنّی أکره الجنابه حین تصفّر الشّمس و حین تطلع و هی صفراء»(۳).

و أمّا فی الماء فلا مانع منه کما هو الاصل و یؤیـده خبر برید العجلیّ، عن الصّادق (علیه السـلام): «یأتی جاریته فی الماء، قال: لا بأس»(۴).

حصیله البحث:

لا یکره الجماع عنـد الزّوال, و یکره بعـد الغروب حتّی یـذهب الشّـفق، و عاریاً و عقیب الاحتلام قبل الغسل، و الجماع عند ناظرٍ إلیه، و النّظر إلی باطن الفرج حال

ص:۵۲۸

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۱، ص: ۳۷۷ح۲۲

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۲ح۱۸

۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۱، ص: ۸۴

۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۱، ص: ۳۷۱ح۲۶

الجماع، و الجماع مستقبل القبله و مستدبرها، و الكلام للرجل عند التقاء الختانين إلّا بذكر اللّه تعالى، و ليله الخسوف، و يوم الكسوف، و عند هبوب الرّيح الصّفراء، أو السّوداء او الحمراء و اليوم و اللّيله اللّذين يكون فيهما الزّلزله، و أوّل ليلهٍ من كلّ شهرٍ و نصفه، و فى السّفر مع عدم الماء إلّا أن يخاف على نفسه فلا يكره له ذلك ويكره الجماع للمختضب وفى السفينه و حين تصفّر الشّمس و حين تطلع و هى صفراء و أمّا فى الماء فلا مانع منه .

جواز النظر الى وجه امرأه يريد نكاحها

(و يجوز النظر الى وجه امرأه يريد نكاحها)

و بذلك استفاضت الاخبار كما فى صحيح محمّد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «سألته عن الرّجل يريد أن يتزوّج المرأه أ ينظر إليها؟ قال: نعم إنّما يشتريها بأغلى الثّمن»(۱).

و صحيح هشام بن سالم، و حمّاد بن عثمان، و حفص بن البخترى كلّهم، عن الصّادق (عليه السلام): «لا بأس بأن ينظر إلى وجهها و معاصمها إذا أراد أن يتزوّجها»(۲) والمعاصم جمع معصم و هو موضع السوار من الساعد كما فى القاموس.

(و) يجوز النظر له و (ان لم يستأذنها) لاطلاق ما تقدم من النصوص.

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۶۵ح۱

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۶۵ح۲

(بل يستحب له) لما يفهم من قوله (عليه السلام) « نعم إنّما يشتريها بأغلى الثّمن »

(و يختص الجواز بالوجه و الكفين و ينظرها قائمه و ماشيه) للاقتصار عليه فى النصوص المتقدمه.

(و روى جواز النظر الى شعرها و محاسنها)

كما فى صحيح عبد اللّه بن سنان، قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): «الرّجل يريد أن يتزوّج المرأه فينظر إلى شعرها، فقال: نعم إنّما يريد أن يشتريها بأغلى الثّمن»(١) و به افتى الفقيه(٢).

و قيّد فى ما رواه عبد اللّه بن الفضل، عن أبيه عن رجل عن الصادق (عليه السلام) قلت له: «أ ينظر الرّجل إلى المرأه يريد تزويجها فينظر إلى شعرها و محاسنها؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذّذا»(٣) بعدم الالتذاذ لكنه ضعيف بالارسال.

و فى صحيح يونس بن يعقوب: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام) الرّجل يريد أن يتزوّج المرأه، يجوز أن ينظر إليها؟ قال: نعم، و ترقق له الثياب، لأنّه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن»(۴).

ص:۵۳۰

١- التّهذيب (فى باب نظر الرّجل إلى المرأه قبل أن يتزوّجها)

٢- الفقيه فى ٢۴ من أخبار ما أحلّ اللّه تعالى من النّكاح

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ٣۶۵ح۵

۴- العلل (فى باب العلّه الّتى من أجلها يجوز للرّجل أن ينظر إلى امرأه يريد تزويجها، ٢۶٠ من أبواب جزئه الثانى)

اقول: و اختصاص الجواز بالوجه و الكفّين للمبسوط و تبعه ابن زهره و الحلىّ، و أمّا غيرهم فكلامهم أعمّ .

قـال المفيـد: «و إذا أراد أن يعقـد على امرأه فلاـ حرج عليه أن ينظر إلى وجهها قبل العقـد، و يرى يـديها بارزه من الثوب و ينظر إليها ماشيه فى ثيابها».

و قال الشيخ فى نهايته: «و ينظر إلى محاسنها يديها و وجهها و يجوز أن ينظر إلى مشيها و إلى جسدها من فوق الثياب» .

و قال ابن حمزه: «جاز له النّظر إلى محاسنها و مشيها و جسدها فوق الثياب».

و قال القاضى: و إلى محاسنها و جسمها من فوق ثيابها» .

و قال الحلبىّ: «جاز أن ينظر إلى وجهها و يـديها و ماشـيه فى ثيابها» و اليـدان عرفا أعمّ من الكفّين و إن كانتا فى آيتى السّرقه و التيمّم أطلقتا على الكفّين.

اقول: هـذه اقوال العلماء و الاقوى جواز النظر الى شـعرها و الاخبار المتقدمه الاولى لا مفهوم لها حتى تعارض صـحيح ابن سـنان كما و انه لم يثبت اعراض الاصحاب عنه.

حصيله البحث:

يجوز النّظر إلى وجه امرأهٍ يريد نكاحها و ينظرها قائمهً و ماشيهً، و لا يختصّ الجواز بالوجه و الكفّين، بل يجوز النّظر إلى شعرها .

أحكام النظر

۱- لا يجوز للرجل النظر إلى بدن الاجنبيه و لو من دون تلذذ. و استثنى من ذلك الوجه و الكفين والقدمين.

اما حرمه النظر إلى بدن الاجنبيه فى الجمله و لو لم يكن بتلذذ فيشهد له قوله تعالى: {وَ لْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلى جُيُوبِهِنَّ }(۱) و الروايات الآتيه التى تستثنى الوجه و الكفين من حرمه الابداء، و غير ذلك من الروايات الوارده فى الموارد المتفرقه.

بل يستفاد ذلك من قوله تعالى: {وَ لا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ ...}(۲) فان حرمه الابداء امام الغير تستلزم حرمه نظره عرفا. و المراد بالزينه ان كان مواضعها فالأمر واضح، و ان كان نفسها فحرمه ابدائها تستلزم حرمه ابداء موضعها بالاولويه العرفيه.

و اما الاستدلال بقوله تعالى: { قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصارِهِمْ ...}(۳) فقابل للتأمّل لان غض البصر ليس بمعنى تركه رأسا بل بمعنى عدم الطمع فى الشى ء و جعله

ص:۵۳۲

۱- النور: ۳۰

۲- النور: ۳۰

۳- النور: ۳۰

مغفولا عنه, على انه قد يقال: بان المراد غضّ البصر عن خصوص الفروج بقرينه السياق.

۲- و اما استثناء الوجه و الكفين فلعدّه وجوه نذكر منها:

۱- التمسك بصحيحه الفضيل: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الذراعين من المرأه هما من الزينه التی قال اللّه: {وَ لا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلاّ لِبُعُولَتِهِنَّ} ؟ قال: نعم، و ما دون الخمار من الزينه و ما دون السوارين»(۱) فان الوجه لا يستره الخمار، و الكف فوق السوار لا دونه فتكون الصحيحه داله على جواز ابدائهما.

الّا ان الاستدلال بها يحتاج إلى ضم مقدمه اخرى، و هی ان جواز الابداء يستلزم جواز نظر الغير، و قد ترفض الملازمه المذكوره، و لذا قد يقال بانه يجوز للرجل عدم ستر بدنه من دون استلزام ذلك لجواز نظر المرأه اليه.

اقول: لا شك فی وجود الملازمه عرفا كما و ان الجواز فی عدم تستر الرجل يدل على جواز نظر المرأه اليه الّا اذا قام الدليل على المنع ولم يثبت. وغايه ما يقتضيه انكار الملازمه فقدان الدليل على جواز نظر الرجل الا ان هذا وحده لا يكفی للحكم بحرمته إذا لم يكن لدليل حرمه النظر إلى بدن الاجنبيه اطلاق يشمل الوجه و الكفين لإمكان التمسك آنذاك بأصل البراءه.

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۱۴۵ الباب ۱۰۹ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ۱

۲- التمسک بصحیحه ابی حمزه الثمالی عن ابی جعفر (علیه السلام): «سألته عن المرأه المسلمه یصیبها البلاء فی جسدها اما کسر و اما جرح فی مکان لا یصلح النظر إلیه یکون الرجل ارفق بعلاجه من النساء أ یصلح له النظر إلیها؟ قال: إذا اضطرت إلیه فلیعالجها ان شاءت»(۱) فانها تدل بوضوح علی ان بعض جسد المرأه یصلح النظر إلیه، و حیث لا یحتمل انحصاره بغیر الوجه و الکفین فیکونان القدر المتیقن للموضع الذی یجوز النظر إلیه.

۳- التمسک بقوله تعالی: { وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ} فان تخصیص الجیوب بوجوب الستر یدل علی عدم وجوب ستر الوجه و الّا کان اولی بالذکر من الجیب لان الخمار لا یستر الوجه عاده بل الجیب.و دلالتها لا تتم الا بضم الملازمه السابقه.

هذا و قد یتمسک لإثبات حرمه النظر بالروایات الداله علی جواز النظر لمرید التزوج إلی وجه و کفیّ المرأه، فانه یدل علی عدم جواز النظر فی غیر حاله اراده التزوج.

و فیه: ان هذه الروایات وردت فی مقام توهم الحرمه فلا دلاله فیها علی عدم الجواز.

أو بصحیحه محمد بن الحسن الصفار: «کتبت إلی الفقیه (علیه السلام) فی رجل أراد ان یشهد علی امرأه لیس لها بمحرم هل یجوز له ان یشهد علیها و هی من وراء الستر

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۱۷۲ الباب ۱۳۰ من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱

و يسمع كلامها إذا شهد رجلان عدلان انها فلانه بنت فلان التی تشهدک و هذا كلامها أو لا يجوز له الشهاده عليها حتى تبرز و يثبتها بعينها؟ فوقع (عليه السلام): تتنقب و تظهر للشهود ان شاء اللّه»(۱) فانها تدل على عدم جواز النظر إلى وجه المرأه لو لا الحاجه إلى ذلک للشهاده و الا لم يكن حاجه للأمر بالتنقب.

و فيه: ان الصحيحه بصدد بيان الشهاده مع تسترها وليست فی مقام بيان حرمه النظر اليها كما لا يخفى ويكفی احتمال ذلک.

و اما ما دل على ان النظر سهم من سهام ابليس و انه زنا العين(۲) فلا دلاله له على التحريم كما هو واضح وسياتی البحث عنه.

و من خلال هذا يتضح انه لا مقتضی لحرمه النظر مضافا الى الملازمه العرفيه بين جواز الابداء و جواز النظر.

ثم ان جواز النظر يشمل القدمين ايضا و ذلک لقصور المقتضی فی شمول الحرمه لهما و يدل على الجواز صحيح مروک بن عبيد، عن بعض أصحابنا، عنه (عليه السلام) قلت

۱- تهذيب الاحكام ۶: ۲۵۵

۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۱۳۸ الباب ۱۰۴ من أبواب مقدمات النكاح والكافی (فی نوادر من نكاحه ۱۹۱ منه ح ۱۱) «عن أبی جميله، عن أبی جعفر و أبی عبد اللّه عليهما السّلام: ما من أحد إلّا و هو يصيب حظّا من الزّنا فزنا العينين النظر، و زنا الفم القبله، و زنا اليدين اللّمس صدّق الفرج ذلک أم كذّب». وح۱۲ عن علیّ بن عقبه (عن أبيه) عن الصّادق (عليه السلام): النظر سهم من سهام إبليس مسموم و كم من نظره أورثت حسره طويله».

له: «ما يحلّ للرّجل أن يرى من المرأه إذا لم يكن محرما، قال: الوجه و الكفّان و القدمان»(۱) و به افتى الكلينى.

و اما ما فى الجواهر، عن علىّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام): «سألته عن الرّجل ما يصلح له أن ينظر إليه من المرأه الّتى لا تحلّ له؟ قال: الوجه و الكفّين» فلا وجود له فى كتب الحديث و لم ينقله الوسائل و مستدركه.

جواز النظر الى وجه الأمه و يديها و الذميه

۲- (و يجوز النظر الى وجه الأمه و يديها و الذميه لا لشهوه)

الأصل فى جعل الذّميّه كالامه المفيد حيث قال: «لا بأس بالنظر إلى وجوه نساء أهل الكتاب و شعورهن لأنّهنّ بمنزله الإماء و لا يجوز النّظر إلى ذلك منهنّ لريبه» و الشيخ فى الخلاف: «لا بأس بالنظر إلى نساء أهل الكتاب و شعورهنّ لأنّهنّ بمنزله الإماء إذا لم يكن النظر لريبه أو تلذّذ» و الظاهر أنّ مرادهما أنّهنّ كالإماء للناظر لا إماء غيره مع أنّه لا دليل على التعليل المذكور, و بجواز النّظر إلى شعورهنّ صرّح القاضى أيضا، و إنّما أنكره الحلىّ استنادا إلى آيه الغضّ. وسيأتى اختلاف الأخبار فى المملوك و مولاته.

هذا و استفاضت الاخبار بجواز النظر الى الأمه إذا أراد شراءها كما فى معتبر أبى بصير: سألت أبا عبد اللّه (عليه السلام) عن الرّجل يعترض الأمه ليشتريها، قال: لا بأس بأن

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵ ص: ۵۲۱ح۲

ینظر إلی محاسنها و یمسّها ما لم ینظر إلی ما لا ینبغی النظر إلیه»(۱) و به افتی الفقیه(۲) .

و موثق حبیب بن معلّی الخثعمیّ: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): إنّی اعترضت جواری بالمدینه فأمذیت، فقال: أمّا لمن یرید الشّراء فلیس به بأس، و أمّا لمن لا یرید أن یشتری فإنّی أکرهه»(۳) و هی ظاهره بالجواز مع الکراهه لمن لم یرد الاشتراء.

و موثق الحسین بن علوان، عن جعفر، عن أبیه، عن علیّ علیهم السّلام «أنّه کان إذا أراد أن یشتری الجاریه یکشف عن ساقها فینظر إلیها»(۴).

۳- و اما جواز النظر الی اهل الذمه فیشهد له معتبر السّکونیّ، عن الصّادق (علیه السلام)، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله:« لا حرمه لنساء أهل الذّمه، أن ینظر إلی شعورهنّ و أیدیهنّ»(۵).

هذا و التقیید بنساء أهل الذمه لا خصوصیه له بل یجوز النظر إلی مطلق غیر المسلمه، فان تخصیص نساء أهل الذمه بالذکر هو من باب دفع توهم ان عقد

ص:۵۳۷

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۷۵ح۳۵

۲- من لا یحضره الفقیه،فی باب ما جاء فی النظر إلی النساء، ج ۴، ص: ۲۰

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۳۶ح۴۹

۴- النجعه فی شرح اللمعه، ج ۸، ص: ۳۱۱

۵- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۲۴ح۱

الذمام يمنحهن نحوا من الاحترام, ومع قطع النظر عن ذلک یمکن التمسک باطلاق صحیحه عباد بن صهیب الاتیه.

و يؤيـده خبر أبی البختری، عن جعفر بن محمّـد، عن أبيه عن علیّ عليهم السّـلام: «لا بأس بالنظر إلی رؤوس نساء أهل الـذّمّه، و قال: ينزل المسلمون علی أهل الذّمّه فی أسفارهم و حاجاتهم، و لا ينزل المسلم علی المسلم إلّا بإذنه»(۱).

و اما اعتبار عدم التلذذ بالنظر فقیل للتسالم الفقهی علیه، و لولاه کان مقتضی الاطلاق الجواز مطلقا و هو کما تری.

۴- و مثل اهل الذمه النساء اللواتی اذا نهین لا ینتهین کما ورد ذلک فی صحیح عبّاد بن صـهيب، عن الصّادق (علیه السلام): «لا بـأس بـالنظر إلی رؤوس أهل تهامه و الأعراب و أهل السّواد و العلوج لأنّهم إذا نهوا لا ينتهون، و قال: و المجنونه و المغلوبه علی عقلها، و لا بأس بالنظر إلی شعرها و جسدها ما لم يتعمّد ذلک»(۲) و به عمل الفقيه(۳) و المفيد و الشيخ.

ص:۵۳۸

۱- قرب الاسناد(ط - الحدیثه) للحمیری، ص: ۱۳۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۲۴ح۱

۳- الفقيه فی ۲۱ من نوادر بعـد متعته و فيه بـدل «و أهل السواد- إلی- لا ينتهون» «و أهل البوادی من أهل الذّمّه و العلوج لأنّهنّ إذا نهين لاـ ينتهين» و فيه «قـال: و المجنونه المغلوبه لاـ بـأس- إلـخ»، و رواه العلـل فی الباب ۳۶۵ و فيه «و أهـل السـواد من أهل الذّمّه».

۵- هذا و يجوز لكل من الرجل و المرأه النظر إلى بدن مماثله ما عدا العوره و ذلك لانه من الضروريات، و تقتضيه سيره المسلمين، و روايات باب الحمام الناهيه عن دخول الحمام الّا بمئزر (۱).

بل لا حاجه إلى دليل على الجواز بعد كونه مقتضى الاصل الذى خرج منه خصوص النظر الى العوره بالدليل الشرعى، كصحيحه حريز عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «لا ينظر الرجل إلى عوره أخيه»(۲) و غيرها.

۶- هذا ويجوز النظر إلى القواعد من النساء و الصبيه غير البالغه.

اما استثناء النظر إلى القواعد من النساء فلقوله تعالى: {وَ الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِى لَا يَرْجُونَ نِكَاحاً فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَهٍ وَ أَنْ يَسْتَعْفِفْنَ خَيْرٌ لَهُنَّ}(۳).

و اما جواز النظر إلى الصبيه غير البالغه فلقصور المقتضى، فان حرمه النظر ان كانت مستفاده من الضروره الفقهيه فالقدر المتيقن منها النظر إلى البالغه. و ان كانت مستفاده من آيه حرمه ابداء الزينه فهى خاصه بالبالغه أيضا. و ان كانت

۱- وسائل الشيعه ۱: ۳۶۷ الباب ۹ من أبواب آداب الحمام.

۲- وسائل الشيعه ۱: ۳۶۳ الباب ۳ من أبواب آداب الحمام الحديث ۱

۳- النور: ۶۰

مستفاده مما دلّ على استثناء الوجه و الكفين من حرمه الابداء فهو خاص بالبالغه أيضا.

و اما ما دلّ على ان النظر سهم من سهام ابليس فقد تقدم قصور دلالته عن افاده حرمه النظر و انها للارشاد لئلا يقع فى الزنا كما يشهد لذلک صحيح علىّ بن سويد قال: «قلت لأبى الحسن ع إنّى مبتلى بالنَّظر إلى المرأه الجميله فيُعجِبنى النَّظر إليها فقال لى يا علىّ لا بأس إذا عرف اللَّه من نيّتک الصّدق و إيّاک و الزّنا فإنَّه يمحق البركه و يُهلِکُ الدّين»(١).

٧- و لا يلزم المرأه التحجب من الصبى غير البالغ فانه وان كان مقتضى المفهوم فى قوله تعالى: {وَ لا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ ... أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلى عَوْراتِ النِّساءِ}(٢) عدم جوازه الّا ان مقتضى صحيحه البزنطى عن الرضا (عليه السلام): «يؤخذ الغلام بالصلاه و هو ابن سبع سنين. و لا تغطّى المرأه شعرها منه حتى يحتلم»(٣) الجواز, و لا بدّ من تقييد اطلاق مفهوم الآيه الكريمه بها.

و دعوى الشيخ الاعظم ان تخصيص جواز النظر فى صحيحه الفضلاء بالوجه و المعاصم لا يظهر له وجه الّا اختصاصهما بجواز النظر فيكون ذلک مقيدا لإطلاق

١- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۴۲ح۶

٢- النور: ٣١

٣- وسائل الشيعه ١۴: ١۶٩ الباب ١٢۶ من أبواب مقدمات النكاح الحديث ٣

صحیحه ابن مسلم(۱)، مدفوعه بان تخصیص ذلک بالذکر لا یوجب صلاحیته لتقیید غیره الّا بناء علی ثبوت المفهوم للقب، و هو محل منع.

۸- و هل یجوز للمرأه النظر إلی من ترید الزواج به - بناء علی حرمته مطلقا و قد تقدم منعه - ام لا؟ قیل بالجواز و ذلک لأنه إذا جاز نظر الرجل إلی من یرید الزواج بها لأنه یبذل أغلی الثمن فیجوز نظر المرأه إلیه بطریق اولی لأنها تبذل أغلی المثمن خصوصا و ان بامکان الرجل التخلص بالطلاق بخلاف المرأه فانها لا تتمکن من ذلک(۲).

و فیه: ان بذلها لأغلی المثمن یقتضی جواز معرفتها بالثمن، و هو المهر لا بالزوج، فانه لیس هو الثمن للبضع المبذول.

۹- (و یجوز أن ینظر الرجل الی مثله و ان کان شابا حسن الصوره)

لاصاله البراءه من الحرمه .

(لا لریبه و لا تلذذ)

اما تقیید جواز النّظر إلی الشاب بعدم الرّیبه فاستدل له بمعتبر السکونی، عن الصّادق (علیه السلام)، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم «إیّاکم و الأغنیاء و الملوک

۱- کتاب النکاح للشیخ الأعظم: ۳۹
۲- کتاب النکاح للشیخ الأعظم: ۴۳

المرد، فإنّ فتنتهم أشدّ من فتنه العذارى فى خدورهنّ»(۱) و فيه: ان الخبر لا ـ ظهور له فى حرمه النظر ذاتا بل هو فى مقام بيان ان النظر اليهم موجب للفتنه فيكون مقدمه للحرام.

و قيل للتسالم الفقهى عليه، و لولاه كان مقتضى الاصل الجواز مطلقا وهو كما ترى.

۱۰- (و) يجوز (النظر الى جسد الزوجه ظاهرا و باطنا) و هو من ضروريات الدين.

(و) يجوز النظر (الى المحارم خلا العوره)

بمقتضى قوله تعالى {وَلاَ ـ يُبْدِينَ زِينَتَهُنّ إِلّا لِبُعُولَتِهِنّ أَوْ آبَائِهِنّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنّ أَوْ أَبْنَائِهِنّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنّ أَوْ إِخْوَانِهِنّ أَوْ بَنِى إِخْوَانِهِنّ أَوْ بَنِى أَخَوَاتِهِنّ أَوْ نِسَائِهِنّ}(۲) واما استثناء العوره فلصحيحه حريز عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «لا ينظر الرجل إلى عوره أخيه»(۳) و غيرها.

ص:۵۴۲

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۴۸ح۸

۲- النور ۳۱

۳- وسائل الشيعه ۱: ۳۶۳ الباب ۳ من أبواب آداب الحمام الحديث ۱

و لا ینظر إلی الأجنبیه الّا مره من غیر معاوده

۱۱- (و لا ینظر إلی الأجنبیه الّا مره من غیر معاوده)

ظاهر المصنف حرمه معاوده النظر استنادا الی الاخبار المستفیضه الداله علی کون النظره الاولی لک و الثانیه علیک لکنها لا ظهور له فی حرمه النظر ذاتا بل هی فی مقام بیان ان النظره الثانیه موجبه للفتنه فتکون مقدمه للحرام کما هو صریح صحیح ابن ابی عمیر عن الکاهلیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «النّظره بعد النظره تزرع فی القلب الشهوه و کفی بها لصاحبها فتنه»(۱).

و خبر الأصبغ، عن علیّ (علیه السلام) عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم: «یا علیّ لک أوّل نظره و الثانیه علیک و لا لک»(۲).

و صحیح حدیث ألاربعمائه عن أمیر المؤمنین (علیه السلام) قال: «لکم أوّل نظره إلی المرأه فلا تتبعوها نظره اخری، و احذروا الفتنه» وغیرها, وعلیه فلابد من حملها اما علی الارشاد کما هو الظاهر منها او الکراهه .

۱۲- (إلّا لضروره کالمعامله و العلاج)

ص:۵۴۳

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۱۸

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص:۱۹

نعم یستثنی من حرمه النظر إلی الا-جنبیه مقام المعالجه و حاله الضروره کالإنقاذ من الغرق أو الحرق و نحوهما فانه یجوز النظر بل اللمس أیضا, و ذلک لصحیحه الثّمالی، عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن المرأه المسلمه یصیبها البلاء فی جسدها إمّا کسر أو جراح فی مکان لا- یصلح النظر إلیه، و یکون الرّجال أرفق بعلاجه من النساء أ یصلح له أن ینظر إلیه؟ قال: إذا اضطرّت إلیه فیعالجها إن شاءت»(۱).

و صحیحه الصفار «و کتب محمّ-د بن الحسن الصفّار إلی أبی محمّد الحسن (علیه السلام) فی رجل أراد أن یشهد علی امرأه لیس لها بمحرم هل یجوز له أن یشهد من وراء الستر و یسمع کلامها إذا شهد عدلان أنّها فلانه بنت فلان الّتی تشهدک و هذا کلامها أو لا تجوز الشّهاده علیها حتّی تبرز و یثبتها بعینها؟ فوقّع (علیه السلام) تنتقب و تظهر للشهود إن شاء اللّه تعالی» و هذا التوقیع عندی بخطّه»(۲), و لا یخفی ان الصحیحه بصدد بیان الشهاده مع تسترها و لیست فی مقام بیان حرمه النظر الیها کما هو واضح و یکفی احتمال ذلک.

و أمّا ما عن کتاب علیّ بن جعفر، عن أخیه (علیه السلام): «سألته عن المرأه یکون بها الجرح فی فخذها أو بطنها أو عضدها هل یصلح للرّجل أن ینظر إلیه یعالجه قال: لا» فمحمول علی وجود امرأه معالجه.

ص:۵۴۴

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۱۷۲ الباب ۱۳۰ من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۶۷

و اما قاعده نفی الضرر و قوله (علیه السلام): «و لیس شی ء مما حرّم اللّه الا و قد أحلّه لمن اضطر إلیه»(۱) فیدلان علی جواز تکشف المرأه لدی الاجنبی و لا یدلان علی جواز نظر الطبیب، فانه لیس مضطرا و لا متضررا.

ان قلت: ان اثبات الجواز فی حق المرأه دون الطبیب المعالج تلزم منه اللغویه.

قلت: انها تلزم لو کان الدلیل علی جواز تکشف المرأه دلیلا خاصا دون ما لو کان اطلاقا، کما هو المفروض فی المقام، إذ لا یلزم الغاء الدلیل رأسا بل الغاء اطلاقه، و هو لا محذور فیه.

حکم نظر المرأه إلی الأجنبی

۱۳- (و کذا یحرم علی المرأه أن تنظر إلی الأجنبی)

عند المصنف استنادا الی دعوی الاجماع علی مساواه نظرها لنظر الرجل فی محل المنع و الجواز.

و فیه: ان الاجماع الکاشف عن رأی المعصوم (علیه السلام) لم یتضح ثبوته، بل السیره القطعیه للمتشرعه المتصله بزمن المعصوم (علیه السلام) علی خلاف ذلک، فالرجال یخرجون و رؤوسهم و أعناقهم مکشوفه، و النساء یختلطن معهم فی الازقه و الأسواق فلو کان نظر المرأه إلی ما تعارف للرجل کشفه حین خروجه من بیته محرّما لزم القول اما بوجوب تستر الرجال أو عدم جواز الاختلاط أو جواز

۱- وسائل الشیعه ۴: ۶۹۰ الباب ۱ من أبواب القیام الحدیث ۷

الاختلاط و التحدث مع حرمه النظر. و الكل غير محتمل,و بهذا يثبت جواز نظر النساء إلى ما تعارف للرجال ابرازه .

و أمّا ما كان مستورا من جسدهم فلا، لما دل من ألاخبار على عدم غسل الأجنبيّه للرّجل.

اقول: و هذه الاخبار لا دلاله لها ايضا لما فى الغسل من الملامسه غالبا و عليه فيجوز النظر لها فى ما عدا العوره و ذلك لقصور المقتضى للحرمه, بل وجود ما يدل على جواز نظر المرأه الى الرجل وهو صحيح علىّ بن جعفر، عن أخيه (عليه السلام): «و سألته عن الرّجل يكون ببطن فخذه أو أليته الجرح هل يصلح للمرأه أن تنظر إليه أو تداويه؟ قال: إذا لم يكن عوره فلا بأس»(١) و هو صريح فى الجواز فى ما عدا العوره.

و قد يستدل على الجواز بعدم وجود روايات يسأل فيها الاصحاب عن حكم نظر النساء إلى الرجال وان السبب فى ذلك يعود اما إلى وضوح الحرمه لديهم أو الشك فى ذلك أو وضوح الجواز. و المتعين هو الاخير، لبطلان الاول لعدم احتمال أوضحيه حرمه نظر النساء إلى الرجال من حرمه نظر الرجال إلى النساء، وبطلان الثانى لان المناسب له صدور السؤال من الأصحاب.

و فى مقابل هذا قد يستدل على الحرمه:

١- مسائل على بن جعفر و مستدركاتها، ص: ۱۶۶

اما بقوله تعالی: {وَ قُلْ لِلْمُؤْمِنٰاتِ یَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصٰارِهِنَّ...}(۱).

أو بما رواه أحمد بن أبی عبد اللّه البرقی: «استأذن ابن أم مکتوم علی النبی صلّی اللّه علیه و آله و عنده عائشه و حفصه فقال لهما: قوما فادخلا البیت فقالتا: انه أعمی فقال: ان لم یرکما فانکما تریانه»(۲).

أو بما رواه الطبرسی فی مکارم الأخلاق عن النبی صلّی اللّه علیه و آله: «ان فاطمه قالت له فی حدیث: خیر للنساء ان لا یرین الرجال و لا یراهن الرجال فقال صلّی اللّه علیه و آله: فاطمه منی»(۳).

أو بما رواه الطبرسی أیضا عن أم سلمه قالت: «کنت عند رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و عنده میمونه فأقبل ابن أم مکتوم و ذلک بعد ان أمر بالحجاب فقال: احتجبا فقلنا یا رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله أ لیس أعمی لا یبصرنا؟ فقال: أ فعمیاوان انتما أ لستما تبصرانه»(۴).

قلت: و الکل کما تری.

اما الاول فلما تقدم من عدم مساوقه غضّ البصر لترک النظر رأسا.

۱- النور: ۳۱

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۱۷۱ الباب ۱۲۹ من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۱

۳- وسائل الشیعه ۱۴: ۱۷۲ الباب ۱۲۹ من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۳

۴- وسائل الشیعه ۱۴: ۱۷۲ الباب ۱۲۹ من أبواب مقدمات النکاح الحدیث ۴

و اما الثانی فلأنه علی تقدیر تمامیه دلالته علی التحریم هو ضعیف السند بالارسال لبعد عصر البرقی عن عصر النبی صلّی اللّه علیه و آله. ومثله الاخیران لضعفهما بالارسال علی تقدیر تمامیه دلالتهما , ومثلها فی الضعف ما فی عقاب الأعمال عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: «اشتدّ غضب اللّه علی امرأه ذات بعل ملأت عینها من غیر زوجها أو غیر ذی محرم منها فإنّها إن فعلت ذلک أحبط اللّه عزّ و جلّ کلّ عمل عملته، فإن اوطت فراشه غیره- الخبر» والظاهر انه خبر عامی ولا عبره به.

(أو تسمع صوته إلّا لضروره)

لا دلیل علیه والسیره جاریه علی استماع أصواتهم.

و یؤید جواز تکلمها خبر أبی بصیر قال: «کنت عند أبی عبد اللّه (علیه السلام) «إذ دخلت علینا أمّ خالد الّتی کان قطعها یوسف بن عمر تستأذن علیه، فقال (علیه السلام): أ یسرّک أن تسمع کلامها- إلی- فتکلّمت فإذا هی امرأه بلیغه فسألته عنهما- الخبر»(۱).

و أمّا ما فی خبر مناهی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله «عن الحسین بن زید، عن الصّادق (علیه السلام) أنه قال: «و نهی أن تتکلّم المرأه عند غیر زوجها و ذی محرم منها أکثر من خمس کلمات ممّا لا بدّ لها منه»(۲) فمضافا الی ضعفه یمکن حمله علی الکراهه.

ص:۵۴۸

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۸ ص: ۱۰۱ح ۷۱

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۶

و مثلها فی الضعف مرسله الفقیه «و کان (علیه السلام) أی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله یسلّم علی النّساء و یرددن علیه، السّلام و کان أمیر المؤمنین (علیه السلام) یسلّم علی النّساء و کان یکره أن یسلّم علی الشابّه منهنّ، و قال: أتخوّف أن یعجبنی صوتها فیدخل من الإثم علیّ أکثر ممّا أطلب من الأجر، و قال: قال (علیه السلام) ذلک لغیره و إن عبّر عن نفسه»(۱) مع ما فیها من حصول الاثم قهرا وهو باطل عقلا و شرعا و علیه فلابد من حلها علی الارشاد او الکراهه.

هذا ولا یجوز نظر المرأه للرجل (و ان کان أعمی) عند المصنف وقد عرفت فی ما تقدم ضعف مستنده .

حکم نظر المرأه إلی الخصی المملوک لها و بالعکس

(و فی جواز نظر المرأه إلی الخصی المملوک لها أو بالعکس خلاف)

اقول: الاقوی الجواز سواء کان خصیا ام فحلا, وظاهر المصنف انحصار الخلاف فی الخصیّ المملوک مع أنّ النزاع فی مطلق المملوک خصیّا أو فحلا، فقال فی المبسوط: «إذا ملکت المرأه فحلا أو خصیّا فهل یکون محرما لها حتّی یجوز له أن یخلو بها و یسافر معها؟ قیل فیه: وجهان أحدهما و هو کالظاهر أنّه یکون محرما لقوله تعالی {وَ لا یُبْدِینَ زِینَتَهُنَّ إِلّا لِبُعُولَتِهِنَّ - إلی - أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُهُنَّ} فنهاهنّ عن إظهار زینتهنّ لأحد إلّا من استثنی، و استثنی ملک الیمین, و روی «عن النّبیّ

۱- الفقیه ح ۱۹ من أخبار نوادر بعد المتعه

صلّى اللّه عليه و آله: أنّه دخل على فاطمه عليها السّلام و هى فضل(١) فأرادت أن تستتر فقال: لا عليك، أبوك و خادمك- و روى أبوك و زوجك و خادمك- و الثانى و هو الأشبه بالمذهب أنّه لا يكون محرما و هو الذى يقوى فى نفسى، و روى أصحابنا فى تفسير الآيه أنّ المراد به الإماء دون الذّكران»(٢)، و بمثله قال الحلىّ إلّا أنّه جعل القول بالعدم مذهبنا و بالجواز مذهب مخالفينا.

هذا و ظاهر علىّ بن إبراهيم القمّى العمل بظاهر الآيه حيث قال: «ثمّ رخّص لقوم معروفين الدّخول عليهنّ بغير إذن فقال: «لا جُناحَ عَلَيْهِنَّ- الآيه» و لم يذكر تأويلا.

و هو ظاهر الكلينىّ حيث روى اخبارا متعدده فى الجواز مثل صحيح عبد الرّحمن بن أبى عبد اللّه، عن الصّادق (عليه السلام): «سألته عن المملوك يرى شعر مولاته؟ قال: لا بأس»(٣).

و صحيح معاويه بن عمّار: «كنّا عند أبى عبد اللّه (عليه السلام) نحوا من ثلاثين رجلا إذ دخل أبى فرحّب به أبو عبد اللّه (عليه السلام) و أجلسه إلى جنبه فأقبل عليه طويلا، ثمّ قال (عليه السلام): إنّ لأبى معاويه حاجه فلو خفّفتم فقمنا جميعا، فقال لى أبى:ارجع يا معاويه فرجعت، فقال (عليه السلام): هذا ابنك؟ فقال: نعم و هو يزعم أنّ أهل المدينه يصنعون شيئا لا يحلّ لهم، قال: و ما هو، قلت: إنّ المرأه القرشيّه و الهاشميّه تركب و تضع

١- أى فى ثوب واحد متوشحه به، جاعله طرفيه على عاتقها .

٢- المبسوط فى فقه الإماميه؛ ج ۴، ص: ۱۶۱

٣- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۳۱ح۱

یـدها علی رأس الأـسود و ذراعهـا علی عنقه، فقال (علیه السـلام):یا بنی أمّا تقرء القرآن، قلت: بلی قال: اقرء هـذه الآیه «لَا جُنَاحَ عَلَیْهِنَّ فِی آبَائِهِنَّ وَ لَا أَبْنَائِهِنَّ – حتّی بلغ – وَ لَا مَا مَلَکَتْ أَیْمَانُهُنَّ»، ثمّ قال: یا بنیّ لا بأس أن یری المملوک الشعر و السّاق»»(۱).

و صحیحه الاخر قلت لأبیّ عبد اللّه (علیه السلام): «المملوک یری شعر مولاته و ساقها؟ قال: لا بأس»»(۲).

و صـحیح یونس بن عمّار، و یونس بن یعقوب جمیعا، عنه (علیه السـلام): «لا یحلّ للمرأه أن ینظر عبدها إلی شـی ء من جسدها إلّا إلی شعرها غیر متعمّد لذلک» و «فی روایه أخری: «لا بأس أن ینظر إلی شعرها إذا کان مأمونا»»(۳) لکنه خصّ الجواز بالشّعر، وبشـرط عدم التعمّد. لکن صحیح یونس لا یقوی علی معارضه الصحیحین المتقدمین الموافقین لاطلاق الایه ویمکن حمله علی الکراهه .

و الجـواز هـو المفهوم من الفقیه فروی صـحیح إسـحاق بن عمّـار، عن الصّـادق (علیه السـلام) قلت: «أ ینظر المملوک إلی شـعر مولاته؟ قال: نعم و إلی ساقها»(۴) ونسب ما یعارضه الی الروایه فقال: «و روی عن محمّد بن إسـحاق بن عمّار قلت لأبی الحسـن (علیه السلام):

ص:۵۵۱

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۳۱ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۳۱ح۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۳۱ح۴

۴- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۶۹

یکون للرّجل، الخصیّ یدخل علی نسائه یناولهنّ الوضوء فیری شعورهنّ؟ قال: لا» ورواه الکافی بسند صحیح(۱).

اقول: لکن الثانی لیس بمعارض للأوّل لأنّ مورد الأوّل مولاها، و مورد الثانی خصیّ البعل.

و اما ما رواه الحمیری بسنده الی الحسین بن علوان، عن جعفر، عن أبیه، عن علیّ علیهم السّلام: لا ینظر العبد إلی شعر سیّدته»(۲) فلا یقاوم ما تقدم من الصحاح.

و اما ما فی صحیح محمّد بن إسماعیل ابن بزیع، عن الرّضا (علیه السلام): «سألته عن قناع الحرائر من الخصیان، فقال: کانوا یدخلون علی بنات أبی الحسن (علیه السلام) و لا یتقنّعن، قلت: فکانوا أحرارا؟ قال: لا قلت: فالأحرار یتقنّع منهم؟ قال: لا»(۳) فرواه الشیخ و قال: و روی فی آخر «أنّه لمّا سئل عن هذا أمسک و لم یجبه» و قال: إنّه دلیل علی کونه تقیّه(۴). قلت: وعلیه فلا وثوق به کما هو واضح.

و اما خبر القاسم الصیقل قال: «کتبت إلیه أمّ علیّ تسأل عن کشف الرّأس بین یدی الخادم و قالت له: إنّ شیعتک اختلفوا علیّ فی ذلک، فقال بعضهم: لا بأس، و قال بعضهم: لا یحلّ، فکتب (علیه السلام): سألته عن کشف الرّأس بین الخادم لا تکشفی

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۶۹ و الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵ ص: ۵۳۲ح۲

۲- قرب الإسناد (ط - الحدیثه) للحمیری، ص: ۱۰۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۳۲ح۳

۴- التّهذیب ح ۱۳۴ من أخبار زیادات فقه نکاحه

رأسک بین یدیه فإنّ ذلک مکروه»(۱) فمضافا لضعفه هو مخالف للکتاب و لعل المراد من الکراهه فیه الحرمه.

حصیله البحث:

لا یجوز للرجل النظر إلی بدن الاجنبیه و لو من دون تلذذ. و استثنی من ذلک الوجه و الکفین والقدمین , و یجوز النّظر إلی وجه الأمه و یدیها و ینظر إلی محاسنها و یمسّها ما لم ینظر إلی ما لا ینبغی النظر إلیه و یجوز النظر مع الکراهه لمن لم یرد الاشتراء, و یجوز النظر الی اهل الذمه فانه لا حرمه لهن, و مثل اهل الذمه النساء اللواتی اذا نهین لا ینتهین و المجنونه و المغلوبه علی عقلها، فانه لا بأس بالنظر إلی شعرهن و جسدهن ما لم یتعمّد ذلک و یجوز النظر إلی القواعد من النساء و الصبیه غیر البالغه. و ینظر الرّجل إلی مثله و إن کان شاباً حسن الصّوره الّا اذا صار مقدمه للحرام فلا یجوز، و لا یجب علی المرأه التحجب من الصبی غیر البالغ . و یجوز النّظر إلی جسد الزّوجه باطناً و ظاهراً و إلی المحارم خلا العوره، و ینبغی ان لا ینظر إلی الأجنبیّه إلّا مرّهً من غیر معاودهٍ إلّا لضرورهٍ کالمعامله و الشّهاده و العلاج، و لا یحرم علی المرأه أن تنظر إلی الأجنبیّ أو تسمع صوته، و یجوز نظر المرأه إلی الخصیّ المملوک لها و بالعکس .

ص:۵۵۳

۱- التّهذیب ح ۳۶ من أخبار زیادات فقه نکاحه

جواز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه إلّا القبل فی الحیض

(و یجوز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه)

و هو من الضروریات و فی صحیح ابان بن عثمان و هو من اصحاب الاجماع عن عبد الملک بن عمرو قال: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) ما یحلّ للرّجل من المرأه و هی حائض قال: کلّ شی ء غیر الفرج، ثمّ قال: إنّما المرأه لعبه الرّجل»(1).

(إلّا القبل فی الحیض و النفاس)

و یدلّ علی اختصاص الحرمه بالقبل فی زمان الحیض قوله تعالی {یَسْئَلُونَکَ عَنِ الْمَحِیضِ قُلْ هُوَ أَذیً فَاعْتَزِلُوا النِّساءَ فِی الْمَحِیضِ} فکرّر المحیض فی الآیه و لم یؤت بضمیره ثانیا لکون الأوّل اسم زمان و الثانی اسم مکان و مکان الحیض القبل. وحکم النفاس حکم الحیض کما تقدم فی کتاب النفاس.

و الروایات مستفیضه فی اختصاص الحرمه بالقبل کما فی الصحیح المتقدم انفا و موثق معاویه بن عمّار، عنه (علیه السلام): «سألته عن الحائض ما یحلّ لزوجها منها؟ قال: ما دون الفرج»(2) و الفرج منصرف إلی القبل مع أنّ الدّبر لو کان فرجا لوجب أن یقول ما دون الفرجین، و یدلّ علی کون الفرج القبل ما فی تفسیر القمّی قال: قال الصّادق (علیه السلام) فی قوله تعالی «فَأْتُوا حَرْثَکُمْ أَنّی شِئْتُمْ» أی متی شئتم فی الفرج، و

1- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۳۹ح۴

2- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۳۸ح۲

الدّليل على قوله فى الفرج قوله تعالى:«نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكَمْ» فالحرث الزّرع فى الفرج فى موضع الولد»

و يـدلّ على الجواز صـحيح يونس بن عمّـار، «قلت لأبى عبـد اللّه (عليه السـلام)، أو لأبى الحسن (عليه السـلام): إنّى ربما أتيت الجاريه من خلفها يعنى دبرها، و نـذرت فجعلت على نفسـى إن عـدت إلى امرأه هكـذا فعلىّ صدقه درهم، و قد ثقل ذلك علىّ قال: ليس عليك شى ء و ذلك لك»(١) و هو يدلّ على عدم انعقاد نذر تركه.

كراهه الوطى فى دبرها كراهه مغلظه

(و الوطى فى دبرها مكروه كراهه مغلظه)

اما جوازه فاستفاضت به الاخبار مضافا للقران الكريم ففى صـحيح عبـد اللّه بن أبى يعفور: «سألت أبا عبد اللّه (عليه السـلام) عن الرّجل يأتى المرأه فى دبرها؟ قال: لا بأس إذا رضـيت، قلت: فأين قول اللّه عزّ و جلّ «فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللّهُ» قال: هـذا فى طلب الولـد فاطلبوا الولد من حيث أمركم اللّه إنّ اللّه تعالى يقول {نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنّى شِئْتُمْ}(٢) ومعنى الايه حسب مفاد هذا الصـحيح جواز الاتيان كيف شـئتم او اى مكان شئتم فيشمل الدبر لكن الصحيح دال على لزوم رضاها فلا يجوز بلا رضا منها.

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ۴۶٠ح ۵٠ وابو اسحاق هو ابراهيم بن هاشم.

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ۴١۴ح٢٩

و یؤید ذلک ما فی تفسیر العیّاشیّ «عن صفوان، عن بعض أصحابنا، عن الصّادق (علیه السلام): سألته عن قوله «نِسٰاؤُکُمْ حَرْثٌ لَکُمْ فَأْتُوا حَرْثَکُمْ أَنّٰی شِئْتُمْ» قال: من قدّامها و من خلفها فی القبل»(۱).

و «عن الفتح الجرجانیّ: کتبت إلی الرّضا (علیه السلام) فی مثله فورد الجواب: سألت عمّن أتی جاریه فی دبرها و المرأه لعبه الرّجل فلا تؤذی و هی حرث کما قال اللّه تعالی».

و اما ما رواه عن زراره عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن قوله تعالی «نِسٰاؤُکُمْ حَرْثٌ لَکُمْ فَأْتُوا حَرْثَکُمْ أَنّٰی شِئْتُمْ» قال: حیث شاء»(۲)وعن أبی بصیر، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن الرّجل یأتی أهله فی دبرها فکره ذلک، و قال: و إیّاکم و محاش النساء» و قال: إنّما معنی {نِسٰاؤُکُمْ حَرْثٌ لَکُمْ فَأْتُوا حَرْثَکُمْ أَنّٰی شِئْتُم} أیّ ساعه شئتم»(۳) فمضافا لضعفهما بالارسال لا یقاومان ما تقدم.

و أما کراهته فیشهد له مرسل أبان عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن إتیان النساء فی أعجازهنّ فقال:هی لعبتک لا تؤذها»(۴) و صحیح صفوان بن یحیی، قلت للرّضا علیهم السّلام: «إنّ رجلا من موالیک أمرنی أن أسألک عن مسأله و أستحیی منک

۱- تفسیر العیاشی، ج ۱، ص: ۱۱۱ح۳۳۲

۲- تفسیر العیاشی، ج ۱، ص: ۱۱۱ح۳۳۱

۳- تفسیر العیاشی، ج ۱، ص: ۱۱۱ح۳۳۳

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۴۰ح۱

أن یسألک، قال: ما هی، قلت: الرّجل یأتی امرأته فی دبرها، قال: ذلک له، قلت له: فأنت تفعل؟ قال: إنّا لا نفعل ذلک»(۱).

واما کونها مغلظه فلم اقف علی دلیل له وکان علی المصنف ان یقید الحکم برضاها کما دل علیه صحیح ابن ابی یعفور.

(و فی روایه یحرم)

و هی روایه سدیر «عن الباقر (علیه السلام)، عن النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله محاشّ النساء علی أمّتی حرام»(۲) وروایه هاشم و ابن بکیر، عن الصّادق (علیه السلام) قال: هاشم لا تفری و لا تفرث» و ابن بکیر قال «لا تفرث أی لا تؤتی من غیر هذا الموضع»(۳) و قال الشیخ فیهما: مع کونهما مرسلین محمولان علی الکراهه یدلّ علیه، واستشهد لذلک بمرفوعه البرقی عن ابن أبی یعفور «سألته عن إتیان النساء فی أعجازهنّ فقال: لیس به بأس، و ما أحبّ أن یفعله»(۴) ثمّ احتمل کونهما تقیّه لکون الحرمه مذهب المخالفین غیر مالک. منهم..

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۵ح۳۵ والکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۴۰ح۲
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۶ح۳۶
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۶ح۳۷
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۶ح۳۸

قلت: و علی التقیّه یحمل ما فی تفسیر العیّاشیّ «عن زید بن ثابت قال: سأل رجل أمیر المؤمنین (علیه السلام) أ تؤتی النساء فی أدبارهنّ؟ فقال: سفلت سفل اللّه بک، أما سمعت اللّه یقول {أَتَأْتُونَ الْفاحِشَهَ ما سَبَقَکُمْ بِها مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعالَمِینَ}مع أنّ زید کان عثمانیّا لا یقبل قوله و الاستدلال من آیات لوط بقوله تعالی:{هؤُلاءِ بَناتِی} علی الجواز أقرب من الاستدلال علی الحرمه بقوله: أ تأتون».

حکم العزل عن الحرّه بغیر شرط

(و لا یجوز العزل عن الحرّه بغیر شرط)

عند المصنف هذا و ذهب إلی عدم الجواز المفید و الشیخ فی خلافه، و تبعهما الحلبیّ و ابن حمزه و ابن زهره، و الکراهه هی المفهومه من الدّیلمیّ، و بها قال الحلیّ.

و الجواز هو الظاهر من الکلینیّ فروی موثق عبد الرّحمن ابن أبی عبد اللّه، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن العزل؟ فقال: ذاک إلی الرّجل»(۱).

و موثق محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «لا بأس بالعزل عن المرأه الحرّه إن أحبّ صاحبها، و إن کرهت لیس لها من الأمر شی ء»(۲).

ص:۵۵۸

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۴ح۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۴ح۲

و «عنه صحیحا عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن العزل، فقال: ذاک إلی الرّجل یصرفه حیث یشاء»(۱).

و خبر عبد الرّحمن الحذّاء، عن الصّادق (علیه السلام) «کان علیّ بن الحسین علیهما السّلام لا یری بالعزل بأسا فقرأ هذه الآیه «وَ إِذْ أَخَذَ رَبُّکَ مِنْ بَنِی آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّیَّتَهُمْ وَ أَشْهَدَهُمْ عَلیٰ أَنْفُسِهِمْ أَ لَسْتُ بِرَبِّکُمْ قٰالُوا بَلیٰ» و کلّ شی ء أخذ اللّه منه المیثاق فهو خارج و إن کان علی صخره صمّاء»(۲).

و هو المفهوم من الإسکافیّ حیث قال: «روی إباحه العزل عن الحرّه عن علیّ بن الحسین، و محمّد بن علیّ و جعفر ابن محمّد علیهم السّلام، و لا بدّ أنّه أشار إلی الأخبار المتقدّمه، و لم ینقل عن العمانیّ أیضا قول بالحرمه کعلیّ بن بابویه، و هو ظاهر الفقیه حیث روی صحیح محمّد بن مسلم المتقدّم بلفظ «الماء للرّجل یصرفه حیث یشاء»(۳) وهنالک روایات اخری داله علی الجواز ایضا.

اقول: و الاقوی هو الجواز الّا انه مکروه کما هو صریح صحیح محمّد بن مسلم، عن أحدهما علیهما السّلام «أنّه سئل عن العزل، فقال: أمّا الأمه فلا بأس، و أمّا الحرّه فإنّی أکره ذلک إلّا أن یشترط علیها حین یتزوّجها»(۴).

ص:۵۵۹

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۴ح۳
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۵۰۴ح۴
۳- الفقیه آخر باب ما أحلّ اللّه من النکاح
۴- تهذیب الأحکام (تحقیق خرسان)، ج ۷، ص: ۴۱۷ح۴۳

(فتجب دیه النطفه لها عشره دنانیر)

و أمّا ما ذکره المصنف من الدیه بناءً علی حرمته استنادا لما روی صحیحا عن علی علیه السلام من وجوبها علی من أفزع مجامعا فعزل، قال: «قضی أمیر المؤمنین علیه السلام فی الرجل یفزع عن عرسه، فیعزل عنها الماء و لم یرد ذلک بنصف خمس المأه عشره دنانیر و إذا أفرغ فیها عشرین دینارا»(۱).

اقول: الاستناد إلیه إنّما یصحّ فی نقل الفقیه بلفظ « و هُوَ الرَّجُلُ یُفْرِغُ عَنْ عِرْسِهِ فَیُلْقِی نُطْفَتَهُ وَ هِیَ لَا تُرِیدُ ذَلِک فَجَعَلَ فِیهَا أَمِیرُ الْمُؤْمِنِینَ ع عِشْرِینَ دِینَاراً الْخُمُس»(۲) فعلی هذا النقل یکون الزوج هو السبب فی افراغ المنی خارج الفرج و أمّا علی نقل الکافی و التّهذیب له بلفظ «و أفتی فی منیّ الرّجل یفزع- من الفزع- إلی- و لم یرد» بصیغه المذکّر فلا ربط له بالعزل بل تفصیل فی ثالث أفزع الرّجل و المرأه فیلقی الرّجل النطفه قبل الصبّ وحاصل معنی الصحیح ان علی المفزع ان یعطی الدیه للرجل, وحیث لم تثبت نسخه الفقیه بل تتعارض مع نسختی الکافی و التهذیب فلا وجه لثبوت الدیه.

ص:۵۶۰

۱- الکافی (فی باب دیه الجنین، ۴۰ من أبواب دیاته) والتّهذیب (فی باب دیات شجاجه، فی ۲۶ من أخباره)

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۷۶

عدم جواز ترک وطئ الزوجه أکثر من أربعه أشهر

(و لا یجوز ترک وطئ الزوجه أکثر من أربعه أشهر)

لکن فی المرأه الشابه ففی الصحیح «و سأل صفوان بن یحیی أبا الحسن الرّضا (علیه السلام) عن رجل یکون عنده المرأه الشّابّه فیمسک عنها الأشهر و السّنه لا یقربها، لیس یرید الإضرار بها یکون لهم مصیبه أ یکون فی ذلک آثما؟ قال: إذا ترکها أربعه أشهر کان آثما بعد ذلک»(۱) و بهذا القید افتی فی الفقیه کما هو مورد الصحیح لا مطلقا کما أفتی الشیخ و القاضی و الحلیّ.

عدم جواز الدخول قبل إکمالها تسع

(و لا یجوز الدخول قبل إکمالها تسع)

کما ورد فی النصوص المستفیضه کصحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا تزوّج الرّجل الجاریه و هی صغیره فلا یدخل بها حتّی یأتی لها تسع سنین»(۲).

و خبر زراره عن الباقر (علیه السلام): «لا یدخل بالجاریه حتّی یأتی لها تسع سنین أو عشر سنین»(۳) و مثله خبر أبی بصیر(۴).

ص:۵۶۱

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۰۵ باب حدّ المدّه الّتی یجوز فیها ترک الجماع لمن عنده المرأه الشّابّه الحرّه .
۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۸ح۲
۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۸ح۳ و الفقیه فی ۲۵ من أخبار باب ما أحلّ اللّه من نکاحه، والتّهذیب فی ۹ من أخبار السّنه فی عقوده مع زیاده قال:«إنّی سمعته یقول لسبع سنین أو عشر سنین» کما فی طبعه القدیم، و نقل الوسائل، و رواه الخصال (فی باب حدّ بلوغ المرأه تسع) بزیاده «و قال: أنا سمعته یقول: تسع أو عشره» و الزّیاده کما تری.
۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۸ح۱

(و تحرم لو أفضاها)

يعنى لو أثم و دخل بـالزوجه الصبيه التى لم تبلغ تسـعا فأفضاهـا حرم عليه وطؤهـا أبـدا و إن قلنا لم تخرج بـذلك من حباله عند المصـنف و الشّيخ فى تهذيبه و تبعه القاضى و ابن حمزه و الحلىّ وجمله من المتاخرين كما حكى عن كشف الرموز و المهذب البـارع , لكن المسـأله خلافيه فافتى الشـيخ فى مبسوطه بعـدم الحرمه فقال: «إذا وطئ زوجته فأفضاها و الإفضاء أن يجعل مـدخل الـذّكر و مخرج البول واحدا فمتى فعل هذا فعليه الدّيه عندنا، سواء كان البول مسترسـلا أو مستمسـكا، و هكذا إن أكره امرأه أو وطأها بشـبهه فأفضاها فوجب المهر و الدّيه, و عندنا خاصّه أنّه يلزم النفقه عليها ما دامت حيّه إذا كان وطأها قبل تسع سـنين و إن وطأهـا بعـد تسع سـنين فأفضاهـا لم يكن عليه شـى ء و فيه خلاف.فـإذا تقرّر هـذا فأفضاهـا ثمّ أراد جماعهـا ثانيا نظرت فإن كان الموضع قد اندمل فصار بحيث لا يستضرّ بالجماع كان عليها التمكين منه»

ص:۵۶۲

بل هو ظاهر الصدوق أيضا فروی صحیح حمران عن الصّادق (علیه السلام) «سئل عن رجل تزوّج جاریه بکرا لم تدرک، فلمّا دخل بها افتضّها فأفضاها، فقال: إن کان دخل بها حین دخل بها و لها تسع سنین فلا شی ء علیه، و إن کانت لم تبلغ تسع سنین أو کان لها أقلّ من ذلک بقلیل حین دخل بها فافتضها فإنّه قد أفسدها و عطّلها علی الأزواج فعلی الإمام أن یغرمه دیتها و إن أمسکها و لم یطلقها حتّی تموت فلا شی ء علیه»(۱) الدال علی ان علیه الدیه ان لم یرد ابقائها والا فلا شیء علیه.

و روی صحیح حمّاد عن الحلبیّ عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) «أنّ من دخل بامرأه قبل أن تبلغ تسع سنین فأصابها عیب فهو ضامن»(۲).

کما أنّ ظاهر الکلینیّ حصول الحرمه و لو مع عدم الإفضاء فروی خبر یعقوب بن یزید، عن بعض أصحابنا، عن أبی عبد اللّه (علیه السلام): إذا خطب الرجل المرأه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین فرّق بینهما و لم تحلّ له أبدا»(۳) .

و مثله التّهذیب فقال: «و من تزوّج بصبیّه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین، فرّق بینهما و لم تحلّ له أبدا» (۴)ثمّ نقل خبر الکافی المتقدّم عنه.

ص:۵۶۳

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۳۱
۲- الفقیه ح۲۶ باب ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ من النکاح
۳- الکافی باب المرأه الّتی تحرم علی الرّجل فلا تحلّ له أبدا، ح۱۲
۴- التّهذیب آخر باب من یحرم نکاحهنّ بالأسباب

و صحیح برید بن معاویه، عن الباقر (علیه السلام) «فی رجل افتض جاریه یعنی امرأته فأفضاها قال: علیه الدّیه إن کان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنین قال: فإن کان أمسکها و لم یطلّقها فلا شی ء علیه، و إن کان دخل بها و لها تسع سنین و لا شی ء علیه، إن شاء أمسک و إن شاء طلّق»(۱) الدال علی ان علیه الدیه ان لم یرد ابقائها و الّا فلا شیء علیه.

و جمع الاستبصار بینهما بحمل الأخیر علی تراضیهما ببقائها عنده بدون وطی، و هو کما تری.

و فی صحیح سلیمان بن خالد: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) - إلی- و سألته عن رجل وقع بجاریه فأفضاها و هی إذا نزلت بتلک المنزله لم تلد، قال: الدّیه کامله»(۲).

و صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل تزوّج جاریه فوقع بها فأفضاها؟ قال: علیه الإجراء علیها ما دامت حیّه»(۳) و حمله الإستبصار علی الوطی بعد التسع، و هو کما تری , و هو مجمل من حیث الاجراء فیحمل علی ما فی صحیحی برید و حمران المتقدّمین و علیه فالظاهر من الاجراء هو بذل النفقه لو لم یطلقها .

ص:۵۶۴

۱- الکافی باب ما یجب فیه الدّیه کامله، ۲۷ من أبواب دیاته، ح ۱۹

۲- الفقیه (فی أواخر ما یجب فیه الدّیه)

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۱۰، ص: ۲۴۹ح۱۸

ثمّ روى الاستبصار عن السّكونىّ، عن جعفر، عن أبيه، عن علىّ عليهم السّلام: «أنّ رجلا أفضى امرأه فقوّمها قيمه الأمه الصحيحه و قيّمها مفضاه، ثمّ نظر ما بين ذلك فجعل من ديتها و أجبر الزوج على إمساكها»(۱) و حمله على التقيّه.

و روى التّهذيب أيضا خبر طلحه بن زيد، عن جعفر، عن أبيه، عن علىّ (عليه السلام): من تزوّج بكرا فدخل بها فى أقلّ من تسع سنين فعيبت فهو ضامن»(۲).

ثمّ خبر غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه، عن علىّ عليهم السّلام «لا توطأ جاريه لأقلّ من عشر سنين، فإن فعل فعيبت فقد ضمن»(۳) و سندهما و إن كان ضعيفا إلّا أنّهما بمضمون صحيح الحلبىّ المتقدّم و لا ريب فى كون مضمونهما الضمان و يحمل إجمالها على تفصيل صحيح حمران و صحيح بريد المتقدّمين و مثلها صحيح الحلبىّ المتقدّم فى الإجراء فيحمل الإجراء على ما فصل فيهما.

و أمّا الإسكافىّ فقال: «فإن أولج عليها فأفضاها قبل تسع سنين فعليه أن لا يطلّقها حتّى يموت و ينفق عليها و يقوم بأمرها، فإن أحبّ طلاقها أغرم ديتها و لزمه مع ذلك مهرها» فترى أنّه أفتى بإمساكها بمعنى كونها زوجته و الإجراء عليها و إن أراد طلاقها أعطاها ديتها، و لا بدّ أنّه جمع بين صحيح الحلبىّ المتقدّم فى الإجراء و صحيح حمران المتقدّم من الفقيه، وصحيح بريد المتقدّم من الكافى و هو جمع

ص:۵۶۵

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۱۰، ص: ۲۴۹ح۱۹

۲- التّهذيب (ح ۱۱ من أخبار السّنه فى عقوده)

۳- التّهذيب (ح۱۲ من أخبار السّنه فى عقوده)

صحيح، و قد عرفت استظهار العدم من الفقيه، و اقتصر فى مقنعه على الضمان كما هو مضمون ما رواه صحيحا عن الحلبىّ فى فقيهه.

و أمّا الكافى فالظاهر أنّه رجع فى دياته عمّا رواه فى نكاحه، و هو الحقّ، فخبر نكاحه مرسل، و خبر دياته صحيح، و عرفت رجوع الشّيخ فى مبسوطه.

و اما مرسل يعقوب بن يزيد فمضافا لضعفه لايعارض غيره من الصحاح المتقدمه كما لا يخفى .

هذا و لم يذكر المفيد و الديلمىّ و الحلبيّان الحرمه بل أفتوا فى الدّيات بالدّيه و لكن جمع الأوّلان بين الإجراء و الدّيه عملا بخبر الإجراء و أخبار الدّيه.

لكن عرفت إجماله و إجمالها و الصحيح حملهما على صحيحى بريد و حمران المفصّلين، و حيث لم ينقل عن العمانىّ و علىّ بن بابويه قول بالحرمه فلا بدّ أنّهما أيضا غير قائلين بها، و بالجمله لم يدلّ خبر على الحرمه سوى ذلك المرسل و مضمونه الحرمه بمجرّد الدّخول و ليس فيه اسم من الإفضاء و لا وجه له بل لم يفت احد باطلاقه، و عليه فلا وثوق به فالاقوى عدم حرمتها مؤبدا بالافضاء.

و اما الدّيه فى الإفضاء قبل البلوغ إذا طلّقها فلا ريب فى ثبوتها و قد دلّ عليها صحيح حمران و صحيح بريد المتقدّمان صريحا، و صحيح سليمان بن خالد و غيرها، و دلّ الأوّلان على سقوطها إذا أمسكها و يشهد لهما صحيح الحلبىّ فى الإجراء، و دلّا على سقوط الدّيه لو كان بعد البلوغ، و إنّ أخبار الضمان يعنى

صحيح الحلبیّ و خبریّ طلحه و غیاث أیضا یحمل إجمالها علی ذینک الصحیحین المفصّلین .

ثمّ إنّ الشیخ وابن ادریس فسّرا الإفضاء باتّحاد مدخل الذّکر (وهو مسلک الحیض) و مخرج البول، و فسّره الصحاحان باتّحاد المسلکین و المراد من المسلکین اما مسلک الحیض و البول او مسلک البول و الغائط، و فی اللّسان عن الفرّاء: «الإفضاء أن تسقط ثنایاه من فوق و من تحت و کلّ أضراسه، قال أبو منصور: و من إفضاء المرأه إذا انقطع لسان الذی بین مسلکیها» قلت: و هو کسابقه یحتمل الامرین , و فی المصباح «أفضاها جعل مسلکیها بالافتضاض واحدا و قیل: جعل سبیل الحیض و الغائط واحدا».

یکره للمسافر أن یطرق أهله

(و یکره للمسافر أن یطرق أهله)

کما فی خبر عبد اللّه بن سنان عن الصّادق (علیه السلام): «یکره للرّجل إذا قدم من السفر أن یطرق أهله لیلا حتّی یصبح»(۱)، و الخبر ضعیف سندا فان عمل به الاصحاب فهو و الّا فلا .

ص:۵۶۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۹۹ح۴ و التهذیب ج ۷، ص: ۴۱۲ح۱۷

هـذا و ظاهر نقل الكافى و التهـذيب الخبر فى باب «آداب الخلوه و الجماع» و باب «الأوقات الَّتى يكره فيها الباه» كون المراد من الطروق ليلا كراهه الجماع ليله وروده .

لكن فى خبر السّـكونىّ عن الصّادق، عن أبيه عليهما السّلام عن جابر الأنصارىّ: «نهى النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله أن يطرق الرّجل أهله ليلا إذا جاء من الغيبه حتّى يؤذنهم»(۱) و نسبه الفقيه الى الروايه(۲).

و منه يظهر أن من قيّده استند إلى هذا الخبر بقاعده حمل المطلق على المقيّد لكن التحقيق أن الطروق فى الخبرين مختلف ففى خبر الكـافى المراد به الجمـاع، و فى خبر المحـاسن المراد به الورود لأنّ لفظهما مختلف فالأوّل «يطرق أهله ليلا حتّى يصـبح» و الثـانى «يطرق أهله ليلاـ إذا جـاء من الغيبه حتّى يؤذنهم» فكـلّ منهمـا بمعنى، و لا وجه لحمل الأوّل على الثانى و يشـهد لمجى ء الطروق بمعنى الجماع ما فى الصحاح «و الطرق أيضا ماء الفحل، و طرق الفحل الناقه يطرق طروقا أى وقع عليها، و طروقه الفحل أنثـاه يقـال: نـاقه طروقه الفحـل، للّتى بلغت أن يضـربها الفحـل، و يقـال: أطرقنى فحلـك أى أعرنى فحلك ليضـرب فى إبلى، و استطرقته فحلا إذا طلبته منه ليضرب فى إبلك».

حصيله البحث:

ص:۵۶۸

۱- المحاسن، ج ۲، ص: ۳۷۷ح۱۴۸

۲- الفقيه، ج ۲، ص: ۳۰۰

يجوز استمتاع الزّوج بما شاء من الزّوجه إلّا القبل فى الحيض و النّفاس، و الوطء فى دبرها مكروه لكن جوازه مشروط برضاها , و يكره العزل عن الحرّه الّا اذا اشترط عليها حين تزوّجها, و لا ـ ديه فيه لو عزل، و لا ـ يجوز ترک وطء الزّوجه الشابه أكثر من أربعه أشهرٍ و لا يجوز الدّخول قبل تسعٍ و لا تحرم عليه و لو أفضاها نعم تجب الدّيه فى الإفضاء قبل البلوغ إذا طلّقها دون ما لو لم يطلقها .

(الفصل الثانی فی العقد)

اشاره

فهو بمقتضى كونه عقدا لابد فى تحقّق الزوجيه من الايجاب و القبول .

(فالإيجاب)

يتحقق بقول المرأه (زوجتک و أنكحتک) فى العقد الدائم و هما موضع وفاق و قد ورد بهما القرآن فی قوله تعالى {زَوَّجْنٰاكَهٰا}وقوله تعالى {إِنِّی أُرِیدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَیَّ هٰاتَیْنِ}.

(و متعتک)

واكتفى بهذه الصيغه الاخيره المصنّف و جماعه لأنّها من ألفاظ النكاح لكونها حقيقه فى المنقطع عند الفقهاء و عند عامه الناس اعم و عليه يصح استعمالها فى الدائم مع القرينه المفهمه و بذلک يظهر لک بطلان ما قيل: «انه لم يرد فى شى ء

من النصوص الشرعيه التعبير عن الدائم بلفظ التمتع ليحكم بصحه الانشاء به، و من الواضح انه لا تصح الاستعانه بكل لفظ بل لا بدّ من الاقتصار على ما تداول التعبير به شرعا أو عرفا»، فاذا كان الملاک على ما تداول التعبير به شرعا أو عرفا فلابد من الرجوع الى العرف وهو لا يمنع من الانعقاد مع القرينه العرفيه الواضحه فراجع.

هذا مضافا إلى ان المستفاد من قوله تعالى: {وَ أَنْكِحُوا الْأَيٰامىٰ مِنْكُمْ ...}(١) مطلوبيه عنوان النكاح من دون قيد زائد، و حيث ان العقد يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعا و ممضيا.

(لا غير)

هذه الصيغ عند المصنف للشک فی تحقق الزوجيه معها فتجرى اصاله عدم النفوذ و يحكم بالبطلان.

و فيه: ان العقود امور عرفيه وعقلائيه و ليس للشرع فيها تأسيس شیء فی تحقق موضوعها بل دوره فيها مجرد رد بعضها وامضاء الاخر و عليه فكل لفظ بل فعل مفهم يكفى عرفا فهو كاف شرعا كما تقدم فی سائر العقود و يشهد لذلک النصوص المعتبره الاتيه.

١- النور: ٣٢

نعم لاتصح بالفاظ سائر العقود مع عدم القرينه کما فی لفظ وهبتک نفسی کما یشهد لذلک خبر عبد اللّه بن المغیره، عن رجل، عن الصّادق (علیه السلام) «فی امرأه وهبت نفسها لرجل من المسلمین، قال: إن عوّضها کان ذلک مستقیما»(۱) فالمراد به انه ان جعل نکاحها بلا مهر کان باطلا وان عوضها کان صحیحا وذلک لأنّه فی مقام بیان عدم جواز کون نکاح مرأه بدون مهر لغیر النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله کما یدلّ علیه أخبار أخری رواها فی هذا الباب.

و صحیح الحلبیّ، عن الصّادق (علیه السلام) فی خبر: «فأمّا لغیر رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله فلا یصلح نکاح إلّا بمهر» لکن قبله «و أحلّ له أن ینکح من عرض المؤمنین بغیر مهر و هی الهبه»(۲) وهو فی الدلاله کسابقه.

و القبول قبلت التزویج أو النکاح

(و القبول قبلت التزویج أو النکاح أو تزوجت أو قبلت کلاهما)

أمّا التزویج و هو الأصل فی الصیغ لأنّه متضمّن لجعل الرّجل زوجا و المرأه زوجه، و هو فی تزویج الغیر للمرأه فیشهد لصحته ما فی صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «جاءت امرأه إلی النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلّم فقالت: زوّجنی فقال صلّی اللّه علیه و آله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا، فقال: ما تعطیها؟

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۸۵ح۵

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۸۷ح۱

فقال: ما لی شی ء، فقال: لا، قال: فأعادت، فأعاد صلّی اللّه علیه و آله الکلام، فلم یقم أحد غیر الرّجل، ثمّ أعادت، فقال صلّی اللّه علیه و آله فی المرّه الثالثه: أ تحسن من القرآن شیئا؟ قال: نعم، فقال: قد زوّجتکها علی ما تحسن من القرآن فعلّمها إیّاه»(۱).

و خبر عبد اللّه بن میمون القدّاح، عن الصّادق (علیه السلام) أنّ علیّ بن الحسین علیهما السّلام کان یتزوّج و هو یتعرّق عرقا یأکل، لما یزید علی أن یقول: «الحمد للّه و صلّی اللّه علی محمّد و آله و یستغفر اللّه عزّ و جلّ و قد زوّجناک علی شرط اللّه- الخبر»(۲).

و خبر زراره: سئل أبو عبد اللّه (علیه السلام) عن خلق حوّاء- إلی- فقال- أی آدم- یا ربّ فإنّی أخطبها إلیک فما رضاک لذلک، فقال عزّ و جلّ: رضای أن تعلّمها معالم دینی، فقال ذلک لک علیّ یا ربّ إن شئت ذلک لی، فقال عزّ و جلّ: و قد شئت ذلک و قد زوّجتکها فضمّها إلیک- الخبر»(۳).

و فی الفقیه مرسلا «و لمّا تزوّج أبو جعفر محمّد بن علیّ الرضا علیهما السّلام ابنه المأمون- إلی- قال (علیه السلام) له: زوّجتنی؟قال: بلی، قال: قلت: و رضیت»(۴).

۱- الکافی باب نوادر فی المهر (و هو ۴۸ من نکاحه فی خبره الخامس)

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۶۸ح۲

۳- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۳۷۹

۴- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۳۹۸

و أمّا فی تزویج المرأه نفسها فلا یصحّ إلّا أن تقول: «تزوّجتک علی مهر معیّن» أو تقول: «زوّجتک نفسی» کما فی المرسل عن عبد الرّحمن بن کثیر، عن الصّادق (علیه السلام): «لمّا أراد النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله أن یتزوّج خدیجه بنت خویلد- إلی- قالت: قد زوّجتک یا محمّد نفسی، و المهر علیّ فی مالی- الخبر»(۱).

و أمّا «أنکحت» فیدلّ علیه قوله تعالی {إِنِّی أُرِیدُ أَنْ أُنْکِحَکَ إِحْدَی ابْنَتَیَّ هٰاتَیْنِ} و هو أیضا فی تزویج الغیر: و أمّا فی تصدّیها فتقول: «أنکحتک علی المهر المعیّن أو أنکحتک نفسی علی المهر المعیّن» و قالوا: الأصل فی تزوّج العرب نکح بالضمّ و الکسر فقالوا: إن أمّ خارجه الّتی قالوا فیها: «أسرع من نکاح أمّ خارجه» کان یقال لها: خطب، فیقول: نکح».

(بلفظ الماضی)

فقد یستدل له: تاره بکون العقد بالماضی هو القدر المتیقن من العقد الصحیح، و غیره مشکوک فتجری بلحاظه اصاله عدم ترتب الاثر.

و اخری بأن الماضی صریح فی الانشاء بخلاف غیره.

و ثالثه بان تجویز غیر الماضی یؤدی إلی انتشار الصیغه و عدم وقوفها عند حدّ معین.

ص:۵۷۳

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۷۴

و الجواب: امّا عن الاخير فبان انتشار الصيغه و عدم وقوفها عند حدّ لا يشكّل محذورا.

و اما عن الاولين فبما تقدم من ان العقود امور عرفيه وعقلائيه وليس للشـرع فيها تأسيس شيء فی تحقق موضوعها و ان المستفاد من الكتاب العزيز مطلوبيه كل ما يصدق عليه عنوان النكاح من دون قيد زائد، و حيث ان الانشاء بغير الماضی يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعا.

هـذا مضافـا الی النصوص الـداله علی خلافه كصـحيح صـفوان وهو من اصـحاب الاجماع عن القاسم عن جبير عن الأحول، عن الصّادق (عليه السلام) - فی خبر- يقول لها: «زوّجينی نفسک متعه علی كتاب اللّه و سنّه نبيه نكاحا غير سفاح، علی أن لا أرثک و لا ترثينی و لا أطلب ولدک إلی أجل مسمّی- الخبر»(١).

و صحيح ثعلبه تقول: «أتزوّجک متعه علی كتاب اللّه و سنّه نبيّه نكاحا غير سفاح علی أن لا ترثينی و لا أرثک- الخبر»(٢).

وموثق أبی بصير «لا بدّ أن تقول فيه هذه الشروط أتزوّجک متعه كذا و كذا يوما بكذا و كذا، نكاحا غير سفاح- الخبر»(٣).

ص:۵۷۴

١- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٢۶٣ح ۶١

٢- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٢۶٣ح ۶١

٣- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ٧، ص: ٢۶٣ح ۶١

و صحیح هشام بن سالم قلت: «کیف یتزوّج المتعه قال: یقول: یا أمه اللّه أتزوّجک کذا و کذا یوما بکذا و کذا درهما- الخبر»(۱).

فإن قیل: لعلّ هذه الأخبار فی بیان ذکر الشروط دون العقد، قلت:ان سیاقها یدل علی کونها فی مقام بیان العقد ویشهد لذلک ایضا خبر أبان بن تغلب: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): کیف أقول لها إذا خلوت بها، قال: تقول: أتزوّجک متعه علی کتاب اللّه و سنّه نبیّه لا- وراثه و لا موروثه کذا و کذا یوما، و إن شئت کذا و کذا سنه بکذا و کذا درهما، و تسمّی من الأجر ما تراضیتما علیه قلیلا کان أو کثیرا- فإذا قالت: نعم فقد رضیت فهی امرأتک و أنت أولی الناس بها- الخبر»(۲) فإنّه صریح فی ما قلنا.

و لا یشترط تقدیم الإیجاب

(و لا یشترط تقدیم الإیجاب)

من المرأه أو ولیّها أو وکیلها لکن لو ابتدأ التزوّج أو وکیله أو ولیّه لا- یقال له: القبول، بل الإیجاب، کما هو مقتضی الأخبار المتقدّمه کصحیح هشام المتقدم فی التمتّع أنّ الرّجل یقول للمرأه «أتزوّجک متعه، أو أتزوّجک کذا و کذا یوما»(۳).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۵ح۵

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۵ح۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۵۵ح۵

و خبر أبان المتقـدّم انفا «فإذا قالت: نعم فقـد رضـيت» و حينئذ ففى الحقيقه لا يشترط أن يكون الإيجاب من قبل المرأه و القبول من قبل الرّجل و يجوز العكس، ومثله خبر عبيد بن زراره(۱) المتقدم.

و لا يشترط القبول بلفظه

(و لا يشترط القبول بلفظه، فلو قال: زوجتك، فقال: قبلت النكاح صح)

كما هو مقتضـى القاعده وقد تضمّن خبر أبان المتقدّم انفا جواز كون القبول بلفظ «نعم». وفى خبر عبيد بن زراره قال: «سألت أبا عبـد اللّه (عليه السـلام) عن التزويج بغير خطبه، قال: أو ليس عامّه ما تزوّج فتياننا و نحن نتعرّق الطعام على الخوان نقول: يا فلان: زوّج فلانا فلانه، فيقول: نعم قد فعلت»(۲).

هـذا و يكفى فى البكر سـكوتها كما فى صـحيح البزنطىّ، عن أبى الحسن (عليه السـلام) قال «فى المرأه البكر: إذنها صـماتها، و الثيب أمرها إليها»(۳) .

و هل يجوز بغير العربيه مع القدره؟

(و لا يجوز بغير العربيه مع القدره)

ص:۵۷۶

۱- الكافى (فى باب التزويج بغير خطبه، ۴۳ من نكاحه)

۲- الكافى (فى باب التزويج بغير خطبه، ۴۳ من نكاحه)

۳- الكافى (ط - الإسلاميه)؛ ج ۵، ص: ۳۹۴

عنـد المصـنف لكنه لا دليل على اشتراط العربيّه و إنّما هى القـدر المتيقّن، و قد تقدم ان مقتضـى القاعده هو الجواز, و جوّز ابن حمزه غيرها اختيارا.

هذا مضافا إلى ان المستفاد من قوله تعالى: {وَ أَنْكِحُوا الْأَيٰامىٰ مِنْكُمْ ...}(۱) مطلوبيه عنوان النكاح من دون قيد زائد، و حيث ان العقد بغير العربيه يصدق عليه عنوان النكاح فيكون مشروعا و ممضيا.

هـذا و قيـل باعتبـار الايجـاب و القبول اللفظيين و عـدم الاكتفاء بالتراضـى و ان كان واضـحا عرفا كمن يعرس و يحتفل و يـدعو الناس لذلک من دون اجراء الصيغه فقد يستدل له بانه:

۱- لو لا ذلک لم يبق فارق بين النكاح و السفاح.

قلت: و التأمل فيه واضح، فان الفارق ثابت بقطع النظر عن ذلک، و هو انه فى النكاح يوجد اعتبار للزوجيه بخلافه فى السفاح.

۲- و بما ورد فى تعليم صـيغه النكاح المنقطع، كخبر ابان بن تغلب: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول:أتزوجک متعه على كتاب اللّه و سنه نبيه لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما و ان شئت كذا و كذا سنه

۱- النور: ۳۲

بکذا و کذا درهما، و تسمی من الاجر ما تراضیتما علیه قلیلا کان أو کثیرا، فاذا قالت: نعم فقد رضیت و هی امرأتک و أنت أولی الناس بها»(۱) و غیرها.

و هی و ان کانت وارده فی النکاح المنقطع الّا انه لا یحتمل ثبوت الخصوصیه له.

و دلالتها واضحه، فانها ظاهره فی ارتکاز المفروغیه من اعتبار الصیغه فی ذهن ابان و السؤال وقع بلحاظ بعض الخصوصیات.

علی ان قوله (علیه السلام) فی الذیل: «فاذا قالت: نعم فقد رضیت و هی امرأتک» یدل بالمفهوم علی عدم تحقق الزوجیه من دون قول الزوجه نعم بعد قول الزوج لها أتزوجک متعه ...

و فیه: اما ظهورها فی ارتکاز المفروغیه من اعتبار الصیغه فی ذهن ابان فمحل منع واما مفهومها من عدم تحقق الزوجیه من دون قول الزوجه نعم بعد قول الزوج لها أتزوجک متعه, فهو صحیح بالاضافه الی ما فی صدرها من قوله: أتزوجک متعه علی... و لا مفهوم له خارجا عن ذلک الصدر , وهکذا سائر الاخبار فانها لا مفهوم لها و علیه فلابد من الرجوع الی مقتضی القاعده من صحه کل کاشف عرفا عن الایجاب و القبول کما تقدم .

ص:۵۷۸

۱- وسائل الشیعه ۱۸: ۴۶۶ الباب ۱۴ من أبواب المتعه الحدیث ۱

و الأخرس يعقد بالإشاره

(و الأخرس يعقد بالإشاره)

كقراءته فى صلاته و تلبيته فى حجّه، كما فى معتبر السّكونىّ، عن الصادق (عليه السلام) «تلبيه الأخرس و تشهّده و قراءته للقرآن فى الصّلاه تحريك لسانه و إشارته بإصبعه»(۱) و هو الذى تقتضيه القاعده .

حصيله البحث:

فالإيجاب: زوّجتك و أنكحتك و اما متّعتك فيصح استعمالها فى الدائم مع القرينه المفهمه و يكفى كل لفظ بل فعل مفهم عرفا كمن يعرس و يحتفل و يدعو الناس لذلك من دون اجراء الصيغه لكن مع وضوح كون هذا التراضى معنونا بالزواج الدائم من ساعه الاحتفال بذلك , و القبول: قبلت التّزويج أو النّكاح أو تزوّجت أو قبلت. و لا يشترط فيهما ان يكونا بلفظ المضىّ، و لا يشترط تقديم الإيجاب و لا القبول بلفظه، فلو قال: زوّجتك، فقال: قبلت النّكاح صحّ, و يجوز بغير العربيّه و لو مع القدره عليها و الأخرس بالإشاره .

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۳، ص: ۳۱۵ ح۱۷

و يعتبر فى العاقد الكمال

(و يعتبر فى العاقد الكمال)

بالعقل و البلوغ كسائر العقود كما تقدم غير مره.

(فالسكران) الفاقد لعقله (باطل عقده و لو أجاز بعده)

اقول: و خصّ السكران بالذكر تنبيها على ردّ من اجاز عقده بالاجازه بعد الافاقه استنادا الى صحيحه محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال: «سألت الرّضا (عليه السلام) عن امرأه ابتليت بشرب نبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلا فى سكرها، ثمّ أفاقت فأنكرت ذلك، ثمّ ظنّت أنّه يلزمها فورعت منه فأقامت مع الرّجل على ذلك التزويج , أحلال هو لها أو التزويج فاسد لمكان السكر و لا سبيل للرّجل عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاها، فقلت: و هل يجوز ذلك التزويج عليها، فقال: نعم»(۱) تبعا لابن ادريس حيث طرحها لكن عمل بها الشّيخ والقاضى و الفقيه و لم يتعرّض الباقون بنفى و لا إثبات، و هو الصحيح بل هو الذى تقتضيه القاعده كما تقدم.

ص:۵۸۰

۱- الفقيه (فى ۱۵ من أخبار باب ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ من النكاح) والتّهذيب فى ۴۷ من أخبار باب عقد المرأه على نفسها، و فيه «ففزعت منه» و الصواب ما فى الفقيه «فورعت منه» بمعنى أنّها لظنّها لزوم العقد أقامت مع الرّجل ورعا.

و يجوز تولى المرأه العقد عنها و عن غيرها

(و يجوز تولى المرأه العقد عنها و عن غيرها إيجابا و قبولا)

كما تقتضيه القاعده ومن غير خلاف عندنا و إنما نبه على خلاف بعض العامه المانع منه.

عدم اشتراط الشاهدين فى النكاح

(و لا يشترط الشاهدان فى النكاح)

و يكفى لإثباته عدم الدليل على اعتباره فيتمسک آنذاک باطلاق ادله صحه النكاح, على انه قد قام الدليل على عدم اعتبار ذلك و استفاضت به اخبارنا(۱) حتى اصبح ذلک من معالم مذهبنا.

و فى الخبر ان الامام الكاظم (عليه السلام) قال لأبى يوسف القاضى: «ان اللّه امر فى كتابه بالطلاق و أكّد فيه بشاهدين و لم يرض بهما الّا عدلين و أمر فى كتابه بالتزويج فاهمله بلا شهود فاثبتم شاهدين فيما اهمل و أبطلتم الشاهدين فيما اكّد»(۲).

ص:۵۸۱

۱- راجع الفقيه (فى ۵ من أخبار باب الولىّ و الشهود) و الكافى (فى باب التزويج بغير بيّنه، ۵۴ من أبواب نكاحه) و التّهذيب (فى أوّل تفصيل أحكام نكاحه)

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۸۷ح۴

و أمّا خبر المهلّب الدّلّال «أنّه كتب إلى أبى الحسن (عليه السلام) أنّ امرأه كانت معى فى الدّار، ثمّ إنّها زوجتنى نفسها و أشهدت اللّه و ملائكته على ذلك، ثمّ إنّ أباها زوّجها من رجل آخر فما تقول؟ فكتب (عليه السلام): التزويج الدّائم لا يكون إلّا بولىّ و شاهدين و لا يكون تزويج متعه ببكر، استر على نفسك و اكتم رحمك اللّه»(۱) فمضافا لضعفه ومعارضته للنصوص المتظافره انه محمول على التقيّه.

قال فى المختلف: و الى هذا الخبر استند العمانىّ حيث اشترط ذلك .

قلت: لعلّه استند إلى خبر المعلّى بن خنيس «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام) ما يجزى فى المتعه من الشهود؟ فقال: رجل و امرأتان يشهدهما، قلت: أ رأيت إن لم يجدوا أحدا؟ قال: أنّه لا يعوزهم، قلت: أ رأيت إن أشفقوا أن يعلم بهم أحد أ يجزيهم رجل واحد؟ قال: نعم، قلت: جعلت فداك كان المسلمون على عهد رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله يتزوّجون بغير بيّنه؟ قال لا:»(۲) و حمله الشيخ على أنّ بناءهم فى عهده صلّى اللّه عليه و آله كان على الأفضليّه و لا يدلّ على المنع و استدلّ له بصحيح الحارث بن المغيره عنه (عليه السلام): «سألته ما يجزى فى المتعه من الشهود؟ فقال: رجل و امرأتان، قلت: فإن كره الشهره؟ فقال: يجزيه رجل و إنّما ذلك لمكان المرأه لئلّا تقول فى نفسها: هذا فجور»(۳).

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۵۵ح۲۶

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۱ح۵

۳- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۲۶۲ح۵۷

قلت: و هو كما قال و خبر المعلی مضافا الی ضعفه سندا معارض بما عرفت.

(و لا) يشترط اذن (الولی فی الرشيده) وهی المالكه لامرها كما سيأتی (و ان كان أفضل) عند المصنف حملا منه لبعض النصوص علی الافضليه وفيه تأمل كما لا يخفی.

هذا و لا ريب فی عدم ثبوت ولايه الاب و الجد علی الثيب فانه لا خلاف فی استقلالها فی أمرها, بخلاف البكر البالغه فقد وقعت محلا للاختلاف، فقيل باستقلالهما فی ذلک، و قيل باستقلالها، و قيل بالتشريک وسيأتی البحث عنها.

و اما ان الثيب تستقل فی امرها فالنصوص فيه متظافره و الفتاوی متفقه عليه , و مثلها البكر التی ليست له أب.

و نكتفی بنقل صحيح الحلبیّ، عن الصّادق (عليه السلام) «فی المرأه الثيّب تخطب إلی نفسها؟ قال: هی أملک بنفسها تولّی أمرها من شاءت إذا كان كفوا بعد أن تكون قد نكحت رجلا قبله»(۱).

و أمّا خبر سعد بن إسماعيل، عن أبيه: «سألت الرّضا (عليه السلام) عن رجل تزوّج ببكر أو ثيّب لا يعلم أبوها و لا أحد من قراباتها، و لكن تجعل المرأه وكيلا فيزوّجها من غير علمهم، قال: لا يكون ذا»(۲) فمضافا لضعفه سندا فان سعد لم يوثق لا يعارض ما

ص:۵۸۳

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۹۲ح۳

۲- تهذيب الأحكام ج ۷، ص: ۳۸۵ح۲۴

تقدمت الاشاره اليه من النصوص المتظافره وحمله التّهذيب تاره على كون الجواب للبكر فقط، و اخرى على التقيّه , بل هوخلاف القران فقال تعالى {حَتّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ} الدال على نفوذ امر الثيب كما استدل به السيّد المرتضى فى انتصاره فى بطلان قول العامّه فى الثّيب فى قبال العامّه القائلين بأنّ المرأه و لو كانت ثيّبا محتاجه فى نكاحها إلى وليّ.

اشتراط تعيين الزوج و الزوجه

(و يشترط تعيين الزوج و الزوجه) بالإشاره أو بالاسم أو الوصف الرافعين للاشتراك (فلو كان له بنات و زوجه واحده و لم يسمها فإن أبهم و لم يعين شيئا فى نفسه بطل) العقد لامتناع استحقاق الاستمتاع بغير معين و لصحيحه ابى عبيده الاتيه.

(و إن عين) فى نفسه من غير أن يسميها لفظا (فاختلفا فى المعقود عليها حلف الأب إذا كان الزوج رآهن و إلّا بطل العقد)

و مستند الحكم صحيحه أبى عبيده الحذاء ولا وجه لذكر وجوب الحلف على الأب لأنّ الصحيحه خاليه منه، وهى: «سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل كنّ له ثلاث بنات أبكار فزوّج واحده منهنّ رجلا و لم يسمّ الّتى زوّج للزّوج و لا للشهود و قد كان الزّوج فرض لها صداق فلمّا بلغ أن يدخل بها على الزّوج و بلغ الزّوج أنّها الكبرى قال الزّوج لأبيها: إنّما تزوّجت منك الصغرى من بناتك، فقال

أبو جعفر (علیه السلام) إن کان الزّوج راهنّ کلّهنّ و لم یسمّ له واحده منهنّ فالقول فی ذلک قول الأب و علی الأب فی ما بینه و بین اللّه عزّ و جلّ أن یدفع إلی الزوج الجاریه الّتی کان نوی أن یزوّجها إیّاه عند عقده النّکاح، و إن کان الزّوج لم یرهنّ کلّهنّ و لم یسمّ له واحده منهنّ عند عقد النّکاح، فالنّکاح باطل»(۱).

و بها أفتی الشیخ و القاضی و کلامهما أیضا خال من الحلف و هو الاقوی، و کأنّ المصنّف أتی بالحلف من عموم «الیمین علی من أنکر» لکن مورد وروده المال، و بها عمل الفقیه و أمّا الکافی فحیث وصف بابه بالنادر فقد یقال بتردده و أنکره الحلیّ.

و فقه الحدیث: أنّه إذا کان الزّوج راهنّ و لم یقل للأب: إنّی أرید فلانه منهنّ فکأنّه کان کلّ واحده منهنّ مورد قبوله و کأنّه جعل الأب وکیله فی الاختیار و إنّ الوکیل أمین فیقبل قوله.

حصیله البحث:

یعتبر فی العاقد الکمال فالسّکران باطلٌ عقده نعم لو أجاز بعد ذلک صح اذا کان ایجاب الطرف الاخر او قبوله باقیا، و یجوز تولّی المرأه العقد عنها و عن غیرها إیجاباً و قبولًا و لا یشترط الشّاهدان و لا الولیّ فی نکاح من کانت مالکه لامرها و

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۱۲ح۱والتهذیب ج ۷، ص: ۳۹۳ح۵۰ الفقیه ح ۵۳ باب ما أحلّ اللّه عزّ و جلّ من النّکاح .

لو کانت باکره، و یشترط تعیّن الزّوجه و الزّوج فلو کان له بناتٌ و زوجه واحدهً و لم یسمّها فإن أبهم و لم یعیّن شیئاً فی نفسه بطل، و إن عیّن فاختلفا فی المعقود علیها فالقول فی ذلک قول الأب بلا حاجه الی الیمین إن کان الزّوج رآهنّ و إلّا بطل العقد و علی الأب فی ما بینه و بین اللّه عزّ و جلّ أن یدفع إلی الزوج الجاریه الّتی کان نوی أن یزوّجها إیّاه عند عقده النّکاح .

و لا ولایه فی النکاح لغیر الأب و الجد له علی خلاف فی الجد

(و لا ولایه فی النکاح لغیر الأب و الجد له)

اما ولایه الاب فلا خلاف و لا شبهه فیها للنصوص الوارده فیها مثل صحیحه محمد بن مسلم عن أبی جعفر (علیه السلام): «الصبی یتزوج الصبیه یتوارثان؟ فقال: إذا کان أبواهما اللذان زوجاهما فنعم. قلت:فهل یجوز طلاق الاب؟ قال: لا»(۱) ولا یخفی انصراف الاب فی هذه النصوص الی الاب وحده دون الجد کما هو واضح.

و فی صحیح الفضل بن عبد الملک: «سألت أبا عبد اللّه (علیه السلام) عن الرجل یزوّج ابنه و هو صغیر قال لا بأس- الخبر»(۲).

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۲۰ الباب ۱۲ من أبواب عقد النکاح الحدیث ۱

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۰ح۱

هذا و فی صحیح أبی عبیده، عن الباقر (علیه السلام) فی خبر قلت: «فإن کان أبوها هو الذی زوّجها قبل أن تدرک؟ قال: یجوز علیها تزویج الأب و یجوز علی الغلام، و المهر علی الأب للجاریه»(۱) وقد تضمن ان المهر یکون علی الأب کما وقد تضمن ایضا انهما لهما الخیار ففیه: « إلّا أن یکونا قد أدرکا و رضیا» و مثله ایضا صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن الصبیّ یتزوّج الصبیّه؟ قال: إذا کان أبواهما اللّذان زوّجاهما فنعم جائز، و لکن لهما الخیار إذا أدرکا- الخبر»(۲). و خبر یزید الکناسی «وفی سنده ابن محبوب وهو من اصحاب الاجماع» عنه (علیه السلام) قلت: «متی یجوز للأب أن یزوّج ابنته و لا یستأمرها؟ قال: إذا جازت تسع سنین فإن زوّجها قبل بلوغ التسع کان الخیار لها إذا بلغت تسع سنین- إلی- قلت: فالغلام یجری فی ذلک مجری الجاریه؟ فقال: یا أبا خالد إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه و لم یدرک کان له الخیار إذا أدرک و بلغ خمس عشره سنه أو یشعر فی وجهه أو ینبت فی عانته قبل ذلک- الخبر»(۳) وعلیه فالنکاح نافذ علی الصغیرین لکنهما بالخیار فی فسخه وبذلک افتی الشیخ فی النهایه و بنی البراج و حمزه و إدریس(۴).

و اما خبر عُبید بن زراره عن أبی عبد اللَّه ع قال: «سألته عن الصَّبیّ یُزوَّج الصَّبیَّه هل یتوارثان قال إذا کان أبواهما [هما] اللَّذان زوَّجاهما فنعم قلت أَیجوز طلاق

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۳۲ح۱
۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۸۲ح۱۹
۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۸۲ح۲۰
۴- جواهر الکلام ج۲۹ص ۱۷۴

الأب قال لا»(۱) الدال باطلاقه على النفوذ مطلقا فمضافا لضعف سنده مضطرب السند و المتن , فرواه الشيخ عن أبی العبّاس و عبید بن زیاد علی ما فی نسختین و نقله العاملیّ «و عبید بن زراره»(۲) و رواه الفقیه عن القاسم بن سلیمان، عن عبید بن زراره مثل الکافی إلی «فنعم» و زاد «قال القاسم بن سلیمان: فإذا کان أبواهما حیّین فنعم.(۳) وعلیه فلاـ وثوق به. واطلاقه قابل للتقیید بما اذا رضیا ولم یفسخا.

و اما ولاـیه الجد للاب فقد وقع الخلاف فی ان حیاه الاب شرط فی ولایه الجد ام لا؟ فذهب الی الاول الشیخ فی النهایه والتهذیب فقال: «و إنّما یجوز عقد الجدّ مع وجود الأب، فأمّا إذا کان میّتا فلا یجوز له أن یعقد علیها إلّا برضاها»(۴).

و به قال ابن الجنید و ابو الصلاح و ابن البراج و الصدوق فقال فی الفقیه: «و إن کان لها أب و جدّ فللجدّ علیها ولایه ما دام أبوها حیّا لأنّه یملک ولده و ما ملک، فإذا مات الأب لا یزوّجها الجدّ إلّا بإذنها»(۵).

و اما ابن ابی عقیل فلم یذکر للجد ولایه مطلقاً،وکلامهم وان کان فی النکاح الا ان الظاهر منه هو العموم بل لا خصوصیه للنکاح .

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۳۲ح۳
۲- التّهذیب فی باب توارث الأزواج من الصبیان
۳- الفقیه (فی میراث الصبیان یزوّجان)
۴- التّهذیب (فی باب عقد المرأه علی نفسها بعد خبره ۳۹)
۵- الفقیه (فی باب الولیّ و الشهود)

و ذهب الی الثانی المفید والمرتضی و سلار و ابن ادریس و یشهد لهم اطلاق موثق عبید بن زراره قال: قلت لابی عبد الله (علیه السلام) « الجاریه یرید ابوها ان یزوجها من رجل و یرید جدها تزویجها من رجل فقال: « الجد أولی بذلک ما لم یکن مضاراً ان لم یکن الاب زوجها قبله و یجوز علیها تزویج الاب و الجد »(۱) و الروایه و ان کانت فی النکاح الّا انه لا خصوصیه له اولاً و یشمل باقی الموارد بطریق اولی.

لکن یعارضه موثق الفضل بن عبد الملک عن الصادق (علیه السلام) «قال: ان الجد اذا زوج ابنه ابنه و کان ابوها حیاً و کان الجد مرضیاً جاز، قلنا: فان هوی ابو الجاریه هوی و هوی الجد هوی وهما سواء فی العدل و الرضا قال:«احب الیّ ان ترضی بقول الجد»(۲) و هو صریح انها لا ینفذ امره فیها من دون رضاها .

و یشهد لذلک ایضاً صحیح محمد بن مسلم عن احدهما (علیه السلام) قال «اذا زوّج الرجل ابنه ابنه فهو جائز علی ابنه »(۳) فان الظاهر منه ان الجد امره علی ولده نافذ لا علی اولاد اولاده و بذلک یظهر ان ولایه الجد علی ابن ابنه او بنت بنته انما هی فی الحقیقه علی ولده لا علی اولاد ولده و بذلک یمکن الجمع بین قول ابن ابی عقیل و قول الصدوق و ابن الجنید و غیرهما ممن قال بتقید ولایه الجد بحیاه الاب فان الجد لا ولایه له علی الحفید و انما امره نافذ علی ولده و لا یعارض

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۵ح۱
۲- وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص: ۲۹۰ح۴
۳- وسائل الشیعه، ج ۲۰، ص: ۲۸۹ح۱

ذلـک ما تقـدم من موثق ابن زراره فان مورده حیاه الوالـد فالسؤال فیها لم یقع مطلقاً و انما فیمن کان ابوها یریـد ان یزوجها من رجل و یرید جدها تزویجها من آخر و علیه فقوله « و یجوز علیها تزویج الاب و الجد » لا یقتضـی ان للجد ولایه مطلقه علیها بل یصدق بما قلنا من ان امر الجد نافذ علی ولده والولد یطیع امر ابیه فی ابنه و لیس له مخالفته الا اذا کان مضاراً بمقتضی موثق ابن زراره و بـدلیل لاضـرر و لا ضـرر ایضاً و بـذلک یظهر ضـعف ما قیل « من ان ولایه الجد اقوی فلا یؤثر فیها موت الاضـعف » و وجه اقوائیتها ما جاء فی موثق ابن زراره من ان الجد اولی.

اقول: و تقدم ان الاولویه لا من جهه ولایته بل من جهه اخری.

هذا و لو قلنا باطلاق موثق عبید بن زراره فهو یحمل علی المقید من ان ذلک مختص بحیاه الاب .

و علی ما ذکرنا یحمل خبر عبیـد بن زراره الاخر عن الصّادق (علیه السـلام) قال: «إنّی لـذات یوم جالس عنـد زیاد بن عبیـد اللّه الحارثی إذا جاء رجل یسـتعدی علی أبیه فی تزویج ابنته بغیر إذنه فقال زیاد لجلسائه: ما تقولون؟ قالوا: باطل، ثمّ أقبل علیّ فقال: مـا تقول، فأقبلت علی الّذین أجابوه فقلت لهم: أ لیس فی ما تروون أنّ رجلا جاء یسـتعدی علی أبیه فی مثل هـذا، فقال له النّبیّ صلّی اللّه علیه و آله: أنت و مالـک لأبیـک؟ قـالوا: بلی، فقلت لهم: فکیف یکون هـذا هو و ماله لأبیه، و لا یجوز نکاحه علیهم- الخبر»(۱).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۵ح۳

و صحیح هشام بن سالم و محمّد بن حکیم، عن الصّادق (علیه السلام): «إذا زوّج الأب و الجدّ کان التزویج للأوّل، و إن کانا جمیعا فی حال واحده فالجدّ أولی»(۱).

و اما خبر أبی العبّاس، عنه (علیه السلام): «إذا زوّج الرّجل فأبی ذلک والده فإنّ تزویج الأب جائز و إن کره الجدّ، لیس هذا مثل الذی یفعله الجدّ، ثمّ یرید الأب أن یردّه»(۲) فظاهره انه بعد تزویج الاب ابنته لا تضر کراهه الجد و معنی قوله «لیس هذا- إلخ» أنّه لو ابتدأ الجدّ و أراد الأب ردّه لیس له حقّ الردّ کما تقدم، و هنا الحقّ للأب لتقدّمه.

(و المولی)

أمّا المولی فلا ریب فی ولایته علی الامه قال تعالی {فَانْکِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ} وفی خبر أبی العبّاس، عنه (علیه السلام): «سألته عن الأمه تتزوّج بغیر إذن أهلها؟ قال:یحرم ذلک علیها و هو الزّنا»(۳).

و أمّا علی العبد فکذلک کما فی صحیح عبد اللّه بن سنان، عن الصّادق (علیه السلام): «لا یجوز للعبد تحریر و لا تزویج و لا إعطاء من ماله إلّا بإذن مولاه»(۴) وغیره.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۵ح۴

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۶ح۶

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۹ح۱

۴- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۷ح۱

وفی صحیحه الاخر عنه (علیه السلام): «سألته عن مملوک تزوّج بغیر إذن سیّده فقال: ذاک إلی سیّده إن شاء أجازه و إن شاء فرّق بینهما، قلت: أصلحک اللّه إنّ الحکم ابن عتیبه و إبراهیم النخعیّ و أصحابهما یقولون: إنّ أصل النکاح فاسد و لا یحلّ إجازه السیّد له فقال أبو جعفر (علیه السلام): إنّه لم یعص اللّه إنّما عصی سیّده فإذا أجازه فهو له جائز»(۱) وغیرهما.

و فی صحیح معاویه بن وهب قال: جاء رجل إلی أبی عبد اللّه (علیه السلام) فقال: إنّی کنت مملوکا لقوم و إنّی تزوّجت امرأه حرّه بغیر إذن موالیّ، ثمّ أعتقونی بعد ذلک أ فأجدّد نکاحی إیّاها حین أعتقت؟ فقال له: أ کانوا علموا أنّک تزوّجت امرأه و أنت مملوک لهم؟ فقال: نعم و سکتوا عنّی و لم یعیّروا علیّ فقال: سکوتهم عنک بعد علمهم إقرار منهم اثبت علی نکاحک الأوّل»(۲) وغیرها.

(و الحاکم)

و استدل له بمقبوله عمر بن حنظله والظاهر اختصاصها بالقاضی نعم قد یستفاد منها بالاولویه القطعیه ولایه الحاکم بتقریب ان الاسلام لم یهمل مشکله الترافع و التخاصم فکیف یهمل ما هواهم منه کاداره البلاد و اجراء الحدود و التصدی لکل امر لا متصدی له بالخصوص مما هو موکول الی الامام (علیه السلام) و استدل له ایضاً بالتوفیع الشریف و هو ما صح عن الکلینی عن اسحاق بن یعقوب و فیه « فاما

ص:۵۹۲

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۸ح۳

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۸ح۴

الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الى رواه احاديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجه الله » و سنده لا اشكال فيه حتى من جهه اسحاق حيث جاء فى نهايه التوقيع « و السلام عليك يا اسحاق » الظاهر فى جلالته و وثاقته و لا يضره انه هو الراوى لهذه الفقره بعد اعتماد الكلينى عليه.

و اما دلالته فبتقريب ان المراد من الحوادث هى الوقائع و الامور العمليه و الرجوع فيها ليس المراد منه الرجوع فى حكمها بل الرجوع فى شخصها و بقرينه ان الامام (عليه السلام) جعل رواه احاديثهم حجه على العباد من قبل شخصه (عليه السلام) وهذا لايناسب الرجوع فى حكمها، بل ذيلها ظاهر فى النصب و انهم منصوبون مطلقاً من قبله (عليه السلام) لعدم تقييده (عليه السلام) حجيتهم بامر خاص هذا ولا يخفى ان المراد من الرواه هم الفقهاء كما هو واضح.

(و الوصى)

المراد من الوصى هو الوصى القيم لا مطلق الوصى و لا شك فى نفوذ تصرفانه حيث جعل الراوى صحه القيمومه بالوصيه امرا مفروغاً عنه وقد اقرّهما الامام على ذلك كما يشهد لذلك ما فى صحيحه محمد بن إسماعيل: «رجل مات من أصحابنا بغير وصيّه، فرفع أمره إلى قاضى الكوفه...قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام، و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا، و لا يوصى إلى أحد، و يخلّف

جواری، فیقیم القاضی رجلًا منّا لبیعهنّ أو قال: یقوم بذلک رجلٌ منّا فیضعف قلبه؛ لأنّهنّ »(۱).

و صحیحه علی بن رئاب: «رجل مات و بینی و بینه قرابه و ترک أولاداً صغاراً و ممالیک غلماناً و جواری و لم یوصِ... »(۲).

و موثّقه سماعه: «فی رجل مات و له بنون و بنات صغار و کبار، من غیر وصیّه، و له خدم و ممالیک و عقد کیف یصنع...»(۳)

و صحیحه إسماعیل بن سعد «قال: سألت الرضا علیه السلام عن رجل یموت بغیر وصیّه...»(۴).

و اما صحیح محمد بن اسماعیل الاخر قال: «سأله رجل عن رجل مات و ترک أخوین و ابنه، و الابنه صغیره، فعمد أحد الأخوین الوصی فزوّج الابنه من ابنه، ثمّ مات أبو الابن المزوّج، فلمّا أن مات قال الآخر: أخی لم یزوّج ابنه فزوّج الجاریه من ابنه فقیل للجاریه: أیّ الزّوجین أحبّ إلیک الأوّل أو الآخر؟قالت: الآخر، ثمّ إنّ الأخ الثانی مات، و للأخ الأوّل ابن أکبر من الابن المزوّج فقال للجاریه: اختاری أیّهما أحبّ إلیک الزّوج الأوّل أو الزّوج الآخر؟ فقال: الرّوایه فیها أنّها

۱- الوسائل ۱۲: ۲۷۰، الباب ۱۶ من أبواب عقد البیع و شروطه، الحدیث ۲

۲- الوسائل ۱۲: ۲۶۹، الباب ۱۵ من أبواب عقد البیع و شروطه

۳- وسائل ۱۳: ۴۷۴، الباب ۸۸ من أبواب أحکام الوصایا، الحدیث ۲

۴- الوسائل ۱۲: ۲۶۹ ۲۷۰، الباب ۱۶ من أبواب عقد البیع، الحدیث ۱

للزّوج الأخير، و ذلک أنّها تکون قد کانت أدرکت حین زوّجها و لیس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراکها»(۱). والظاهر أنّ المراد بقوله: «قال سأله» هو کلام الراوی عن ابن بزیع و هو أحمد الأشعری, یعنی سأل ابن بزیع رجل , و لیس المراد «قال ابن بزیع سأل رجل من المعصوم» بدلیل أنّ جوابه «فقال: الرّوایه فیها- إلخ» وهذا جواب للسؤال من ابن بزیع, وعلیه فابن بزیع هو المسؤول وهو اجاب عن السؤال بروایه مرسله ولعله کان استنباطاً منه من الروایه , ومضمونها: دالّ علی عدم ولایه للوصیّ فتکون معارضه لما تقدم ولما دل علی صحه الوصیه العهدیه ونفوذ امر الوصی کما هو مقتضی اطلاق صحیح عبد اللّه بن سنان عن أبی عبد اللّه ع قال: «الَّذی بیده عقده النّکاحِ هو ولیُّ أمرها»(۲) الدال علی نفوذ تصرف مطلق الولی.

و صحیح أبی بصیر، و محمّد بن مسلم کلاهما عن أبی جعفر (علیه السلام) قال: «سألت أبا جعفر (علیه السلام) عن الذی بیده عقده النکاح، فقال: هو الأب و الأخ و الموصی إلیه و الذی یجوز أمره فی مال المرأه فیبیع لها و یشتری، قال: فأیّ هؤلاء عفا فعفوه جائز فی المهر إذا عفا عنه»(۳) ولا یخفی ان المراد من الاخ: الاخ الذی هو قیّم علیها بالقیمومه الحسبیه کما تقدم الکلام عن اولیاء العقد فی کتاب البیع.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۷ح۳

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۹۲ح۴۶

۳- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۸۴ح۱۵۴

و مثله فی الـدلاله خبر أبی بصـیر، عن الصّادق (علیه السـلام): «سألته عن الـذی بیده عقده النکاح، قال: هو الأب و الأخ و الرّجل یوصی إلیه و الذی یجوز أمره فی مال المرأه فیبتاع لها و یشتری فأیّ هؤلاء عفا فقد جاز»(۱).

(فولایه القرابه) من الاب والجد علی القول بولایته.

(علی الصغیره أو المجنونه أو البالغه سفیهه، و کذا الذکر)

و هل ان ولایه الاب و الجد علی القول بها ثابته علی الصغیر بعد بلوغه مجنوناً او سفیهاً ام انها تنقطع بالبلوغ؟ و لو قلنا بثبوتها بعد البلوغ اذا ما کان الجنون متصلاً به فهل هی ثابته لو بلغ عاقلاً ثم جن ام تعود الولایه للحاکم الشرعی؟

استدل للاول بالاجماع و الاستصحاب و هما کما تری و اشکلوا علی ثبوتها فی الثانی بعد انقطاعها اولاً.

اقول: لکن المسـتظهر من الروایـات هو ثبوت الولایه سواء کان الجنون و السـفه متصـلاً بالبلوغ ام منقطعاً عنه منها صـحیح هشام، عن الصّادق (علیه السـلام) «انقطـاع یتم الیتیم بالاحتلام و هو أشـدّه، و إن احتلم و لم یونس منه رشـد و کان سـفیها أو ضـعیفا فلیمسک عنه ولیّه ماله»(۲) فان المفهوم عرفا من الولی هو الاب.

ومنهـا: ما دل علی ان المرأه المالکه لنفسـها یجوز تزویجها بغیر ولی مثل صـحیح الفضـلاء عن الباقر (علیه السـلام) « قال: المرأه التی ملکت نفسها غیر السفیهه و لا المولی

ص:۵۹۶

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۹۳ح۴۹

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۶۸ح۲

علیها ان تزویجها بغیر ولی جائز »(۱) فان المراد بالولی ما هو المعهود من ولایه الاب لا الحاکم الشرعی و مثله حسنه زراره عن الباقر (علیه السلام) قال: اذا کانت المرأه مالکةً امرها تبیع و تشتری وتعتق وتشهد و تعطی من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوّج ان شاءت بغیر اذن ولیها فان لم یکن ذلک فلا یجوز الّا بأمر ولیها » فان المنصرف من الولی فیها لا شک هو الاب دون الحاکم الشرعی وعلیه فالمستظهر من الروایات ان ولایه الاب علی ولده مفروغ عنها و لا تفصیل فیها بمن کان مجنوناً بعد البلوغ متصلاً به ام منقطعاً عنه.

هذا ویستدل لولایه الاب علی المجنون بصحیحه أبی خالد القماط: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): الرجل الاحمق الذاهب العقل یجوز طلاق ولیّه علیه؟ قال: و لم لا یطلق هو؟ قلت: لا یؤمن إن طلّق هو ان یقول غدا:لم أطلق أو لا یحسن ان یطلّق قال: ما أری ولیّه الا بمنزله السلطان»(۲) و غیرها، فان القدر المتیقن فی المراد من الولی هو الاب. و إذا ثبت کونه بمنزله السلطان فی الطلاق ثبت کونه کذلک فی النکاح بالاولویه.

و بقطع النظر عن الصحیحه المذکوره یمکن التمسک باستصحاب الولایه الثابته قبل البلوغ بناء علی جریان الاستصحاب فی الشبهات الحکمیه و عدم معارضه استصحاب بقاء المجعول باستصحاب عدم الجعل الزائد کما هو الاقوی.

ص:۵۹۷

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۱ح۱

۲- وسائل الشیعه ۱۵: ۳۲۹ الباب ۳۵ من أبواب مقدمات الطلاق الحدیث ۱

و یمکن الاستدلال ایضا لحاله الجنون الطارئ بعد البلوغ باطلاق الصحیحه السابقه و ما هو بمضمونها .

(لا علی البکر البالغه الرشیده فی الأصح)

اقول: الظاهر ان مراده من الرشیده هی المالکه لامرها ولو لم تکن ثیبا و علیه فالاصح انها مستقله بالتصرف و لا ولی لها و یشهد لذلک صحیح عبد الرَّحمن بن أبی عبد اللَّه عن أبی عبد اللَّه ع قال: «تزوَّج المرأه من شاءت إذا کانت مالکةً لأمرها فإن شاءت جعلت ولیّاً»(۱), وصحیح الفضلاء المتقدم انفا وحسنه زراره المتقدمه عن أبی جعفر (علیه السلام):«إذا کانت المرأه مالکه أمرها تبیع و تشتری و تعتق و تشهد و تعطی من مالها ما شاءت فإنّ أمرها جائز تزوّج إن شاءت بغیر إذن ولیّها و إن لم یکن کذلک فلا یجوز تزویجها إلّا بأمر ولیّها»(۲) فظاهره أنّه إذا کانت رشیده تکون مالکه أمرها مطلقا ,ولا اشکال فی سنده الّا من جهه موسی بن بکر و الظاهر اعتماد الاصحاب علیه فراجع معجم رجال الحدیث(۳).

ص:۵۹۸

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۲ح۳

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۷۸ح۶

۳- م عجم رجال الحدیث – المحقق الخوئی ج: ۱۹ ص: ۲۸ و فیه: الظاهر أن موسی بن بکر ثقه و ذلک لأن صفوان قد شهد بأن کتاب موسی بن بکر مما لا یختلف فیه أصحابنا .

و يؤيـد ذلـك خبر أبى مريم، عن الصّـادق (عليه السـلام): «الجـاريه البكر الّتى لهـا أب لاـ تتزوّج إلّا بإذن أبيها و قال: إذا كانت مالكه لأمرها تزوّجت متى شاءت»(۱), وقـد يتوهم من قوله فى ذيله «إذا كـانت مالكه لأمرها تزوّجت متى شاءت» انه دّالّ بقرينه صدره «البكر الّتى لها أب لا تتزوّج إلّا بإذن أبيها» على أنّها ما دامت بكرا لم تكن مالكه لأمرها .

و فيه: انه يستشـعر ذلک منه و ليس بظهور فلاحجيه فيه, مضافا لضـعفه سـندا و معارضـته لحسـنه زراره الظاهر فى أنّها إذا كانت رشـيده تكون مالكه أمرها مطلقا, و بذلک يتم بين الجمع بين الاخبار ويرتفع توهم تعارضها فان ما دلّ على استقلال الاب و هو روايات متعدده تبلغ سـتا أو اكثر كصـحيحه الحلبى عن أبى عبد اللّه (عليه السلام): «سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبيهـا أمر؟ فقـال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب»(۲) و يدلّ عليه أيضا خبر وصـحيح علىّ بن جعفر أخيه (عليه السـلام): «سألته عن الرّجـل هـل يصـلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنهـا؟ قـال: نعم، ليس يكون للولـد أمر إلّا أن يكون امرأه قـد دخل بها قبل ذلک فتلک لا يجوز نكاحها إلّا أن تسـتأمر»(۳) و غيرهما, يكون المراد منها انها ما دامت غير مالكه لامرها فتصـرفها غير نافذ والشـرط فى نفوذ تصـرفها ان تكون مـالكه لامرهـا وكـذلک الكلاـم فى ما دلّ على اعتبار اذن الاب من دون دلاله على الاسـتقلاليهو هو روايات متعدده تبلغ

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۹۱ح۱

۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۲۰۳ الباب ۳ من أبواب عقد النكاح الحديث ۱۱

۳- مسائل على بن جعفر و مستدركاتها، ص: ۱۱۲

ستا أو أكثر كصحيحه ابن ابى يعفور عن أبى عبد اللّه (عليه السلام): «لا تنكح ذوات الآباء من الابكار الّا باذن آبائهن»(۱) ولا تعارض بينها حينئذ وبين صحيحه منصور بن حازم عن ابى عبد اللّه (عليه السلام): «تستأمر البكر و غيرها و لا تنكح الّا بامرها»(۲).

و صحيحه صفوان: «استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر (عليه السلام) فى تزويج ابنته لابن أخيه فقال: افعل و يكون ذلك برضاها، فان لها فى نفسها نصيبا. قال: و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر (عليه السلام) فى تزويج ابنته على بن جعفر فقال: افعل و يكون ذلك برضاها فان لها فى نفسها حظّا»(۳) وعلى كونها مالكه لامرها يحمل خبر سعدان بن مسلم: «قال أبو عبد اللّه (عليه السلام): لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير اذن أبيها»(۴) و الحاصل انها مستقله فى زواجها اذا كانت مالكه لامرها والّا فلا. وفى المسأله أقوال:

ألاول: استقلالها فى امرها و ذهب إليه المفيد فى أحكام نسائه و المرتضى و الدّيلميّ، و مال إليه ابن حمزه و يدلّ عليه ما دل على استقلال البكر فى امرها, و

ص:۶۰۰

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۲۰۸ الباب ۶ من أبواب عقد النكاح الحديث ۵
۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۲۱۴ الباب ۹ من أبواب عقد النكاح الحديث ۱
۳- وسائل الشيعه ۱۴: ۲۱۴ الباب ۹ من أبواب عقد النكاح الحديث ۲
۴- وسائل الشيعه ۱۴: ۲۱۴ الباب ۹ من أبواب عقد النكاح الحديث ۴

لا توجد روایه صریحه تدل علی ذلک سوی روایه سعدان بن مسلم: «قال أبو عبد اللّه (علیه السلام): لا بأس بتزویج البکر إذا رضیت بغیر اذن أبیها»(۱).

و فیه: انها ضعیفه السند لان سعدان لم تثبت وثاقته الّا بناء علی تمامیه کبری وثاقه کل من ورد فی کامل الزیارات أو تفسیر القمی مضافا إلی ذلک هی مبتلاه بالاشکال من ناحیه اخری، فان الشیخ رواها مرّه بسنده إلی محمد بن علی بن محبوب عن العباس عن سعدان قال: قال أبو عبد اللّه (علیه السلام) ... و اخری رواها عن محمد بن أحمد بن یحیی عن العباس عن سعدان عن رجل عن أبی عبد اللّه (علیه السلام) ...(۲) و بما ان من البعید سماع سعدان الروایه من الامام (علیه السلام) مرتین فلا یمکن الجزم بعدم وجود واسطه مجهوله بین سعدان و الامام (علیه السلام) فتسقط من الاعتبار.

الثانی: التشریک ذهب إلیه المفید فی المقنعه و الحلبیّ، و مال إلیه ابن زهره، و یدل علی ذلک ما دلّ علی اعتبار اذن البکر و عدم استقلال الاب و هما روایتان: صحیحتا منصور بن حازم(۳) و صفوان(۴) المتقدمتان .

الثالث: عدم الاشتراط فی المتعه و الاشتراط فی الدّوام ذهب إلیه الشیخ فی تهذیبه و نهایته علی ما حکاه فی النجعه ولم اقف علی مستندهم.

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۱۴ الباب ۹ من أبواب عقد النکاح الحدیث ۴

۲- وسائل الشیعه ۱۴: ۴۵۹ الباب ۱۱ من أبواب المتعه الحدیث ۸

۳- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۱۴ الباب ۹ من أبواب عقد النکاح الحدیث ۱

۴- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۱۴ الباب ۹ من أبواب عقد النکاح الحدیث ۲

الرّابع: الاشتراط مطلقا ذهب إليه العمانىّ و الصدوق و القاضى، ويشهد له ما دلّ على استقلال الاب و هى روايات متعدده تبلغ ستا أو اكثر و فيها الصحاح، كصحيحه الحلبى(۱) وغيرها , وما دلّ على اعتبار اذن الاب من دون دلاله على الاستقلاليهو هى روايات متعدده تبلغ ستا أو أكثر كصحيحه ابن ابى يعفور(۲) المتقدمه وغيرها.

اقول: و قد ذكرنا انها غير متعارضه و انها تحت امر ابيها ما لم تملك امرها و الّا فالامر بيدها.

(و لو عضلها الولى)

و هو أن لا يزوجها من كفو مع رغبتها و رغبته بمهر المثل أو بدونه، و فى الصحاح «يقال: عضل الرجل أيمه إذا منعها من التزويج» و فيه أيضا «و عضلت عليه تعضيلا إذا ضيقت عليه فى أمره، و حلت بينه و بين ما يريد»

(فلا بحث فى سقوط ولايته)

لقاعده لا ضرر , مضافا الى حرمته لانه اضرار بالغير مضافا الى انه موجب للحرج عليها و هو مرتفع قال تعالى {ما جعل عليكم من حرج}.

ص:۶۰۲

۱- وسائل الشيعه ۱۴: ۲۰۳ الباب ۳ من أبواب عقد النكاح الحديث ۱۱

۲- وسائل الشيعه ۱۴: ۲۰۸ الباب ۶ من أبواب عقد النكاح الحديث ۵

و للمولی تزویج رقیقه

(و للمولی تزویج رقیقه)

کما فی صحیح الحلبیّ: «قلت لأبی عبد اللّه (علیه السلام): کیف ینکح الرّجل عبده أمته؟ قال: یقول: قد أنکحتک فلانه و یعطیها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه و لو مدّا من طعام أو درهم أو نحو ذلک»(۱) وغیره.

و الحاکم و الوصی یزوجان من بلغ فاسد العقل أو سفیها

(و الحاکم و الوصی یزوجان من بلغ فاسد العقل أو سفیها مع کون النکاح صلاحا له و خلوه من الأب و الجد)

کما تقدم البحث عن ذلک و قلنا ان الولایه غیر مشروطه بالمصلحه و ان جواز ذلک هو مقتضی اطلاق صحیح عبد اللَّه بن سنان عن أبی عبد اللَّه ع قال: «الَّذی بیده عُقده النّکاح هو ولیُّ أمرها»(۲) الدال علی نفوذ تصرف مطلق الولی.

و قال الشیخ فی المبسوط «النساء عاقله و مجنونه و لا یجوز للحاکم تزویج المجنونه و عند المخالف للحاکم تزویجها إن کانت کبیره، بکرا کانت أو ثیّبا، و عندنا یجوز ذلک للإمام الذی یلی علیها أو من یأمره الإمام بذلک» وقال ایضا «ویجوز للحاکم تزویج المجنونه إن کانت کبیره».

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۹ح۱

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۹۲ح۴۶

ثمّ انه لا ولايه للحاكم و الوصی الّا مع الخلوّ من الأب، و أمّا مع عدمه و وجود الجد فالمفهوم من الإسکافی و الشیخ و ابن حمزه و ابن زهره و الدیلمیّ و الحلبیّ عدم ولایته علی الصغیره(۱).

حصیله البحث:

و لا ولایه فی النّکاح لغیر الأب و للمولی و الحاکم و الوصیّ، و اما الجد فالظاهر أن امره نافذ علی ولده لا علی اولاد اولاده فلا ولایه له علیهم, فولایه القرابه علی الصّغیره أو المجنونه أو البالغه سفیههً سواء کان الجنون و السفه متصلاً بالبلوغ ام منقطعاً عنه و کذا الذّکر لا علی المالکه لامرها، و لو عضلها فلا بحث فی سقوط ولایته وحرمه عضله، و المولی یزوّج رقیقه و الحاکم و الوصیّ یزوّجان من بلغ فاسد العقل و خلوّه من الأب .

(و هنا مسائل)

صحّه اشتراط الخیار فی الصداق

(الاولی: یصحّ اشتراط الخیار فی الصداق)

أمّا صحّه اشتراط الخیار فی الصّداق فلا دلیل علیه بالخصوص و الاستدلال للصحه بعموم «المؤمنون عند شروطهم» تمسک بالعام فی الشبهات المصداقیه.

ص:۶۰۴

۱- النجعه فی شرح اللمعه، ج ۸، ص: ۳۵۶

نعم ورد فی صحیح علیّ بن رئاب، عن الکاظم (علیه السلام) قال: «سئل و أنا حاضر عن رجل تزوّج امرأه علی مائه دینار علی أن تخرج معه إلی بلاده فإن لم یخرج معه فإنّ مهرها خمسون دینارا إن أبت أن تخرج معه إلی بلاده، فقال: إن أراد أن یخرج بها إلی بلاد الشرک فلا شرط له علیها فی ذلک، و لها مائه دینار الّتی أصدقها إیّاها، و إن أراد أن تخرج بها إلی بلاد المسلمین و دار الإسلام، فله ما اشترط علیها و المسلمون عند شروطهم، و لیس له أن یخرج بها إلی بلاده حتّی یؤدّی إلیها صداقها أو ترضی منه من ذلک بما رضیت و هو جائز له»(۱) الدال علی صحه شرط زیاده المهر و نقیصته و علیه فاذا صح مثل هذا الشرط صح الخیار فیه بالفهم العرفی لکنه ینتقل الی مهر المثل لو اخذ بالخیار کما سیأتی.

(و لا یجوز) اشتراط الخیار (فی العقد فیبطل العقد)

و أمّا عدم جوازه فی العقد فصحیح لعدم الدلیل علی مشروعیه الخیار فی عقد النکاح کما فی صحیح ابن قیس الاتی لکن بطلان العقد به باطل، بل الصحیح صحّته یشهد لذلک صحیح محمّد بن قیس، عن الباقر (علیه السلام) «فی الرّجل یتزوّج المرأه إلی أجل مسمّی فإن جاء بصداقها إلی أجل مسمّی فهی امرأته، و إن لم یأت بصداقها إلی الأجل فلیس له علیها سبیل، و ذلک شرطهم بینهم حین أنکحوه، فقضی للرّجل أنّ بیده بضع امرأته و أحبط شرطهم»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۴ح۹

۲- الکافی ج ۵، ص: ۴۰۲ح۱ و رواه التهذیب ج ۷، ص: ۳۷۰ح۶۱ مع تفاوت لا یضر.

صحه الوکاله فی عقد النکاح

(و یصح توکیل کل من الزوجین)

فلیس من اللازم علی الزوجین مباشره العقد بأنفسهما بل یجوز لهما التوکیل فی ذلک, و لا مانع من کون الوکیل واحدا عن الطرفین، بل یجوز ان یکون الزوج وکیلا عن الزوجه فیجری الایجاب بالوکاله و القبول بالاصاله، کما یجوز ان تکون هی وکیله عنه فتوجب بالاصاله و تقبل بالوکاله.

و ذلک لإطلاق دلیل مشروعیه الوکاله و للروایات الخاصه، کصحیحه داود بن سرحان عن أبی عبد اللّه (علیه السلام):«رجل یرید ان یزوّج اخته ... فان قالت: زوّجنی فلانا زوّجها ممن ترضی»(۱) و غیرها .

(فلیقل الولی: زوجت من موکّلک فلان و لا یقل منک، و لیقل الوکیل: قبلت لفلان)

و یکفی ان یقول وکیل الزوجه لوکیل الزوج: زوجت موکلتی فلانه موکلک فلانا علی مهر کذا، ثم یقول وکیل الزوج: قبلت الزواج عن موکلی علی المهر المذکور.

و إذا کانت الزوجه قد وکلت فقط کفی ان یقول وکیلها للزوج: زوجتک موکلتی علی مهر کذا ثم یقول الزوج: قبلت الزواج علی المهر المذکور.

ص:۶۰۶

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۱۱ الباب ۷ من أبواب عقد النکاح الحدیث ۱

و إذا كان الزوج قد وكّل فقط كفى ان تقول الزوجه لوكيل الزوج: زوجت نفسى موكلك على مهر كذا، ثم يقول وكيل الزوج: قبلت الزواج عن موكلى على المهر المذكور.

و اما جواز تولى شخص واحد طرفى العقد فلعدم المانع منه بعد شمول اطلاق ادله مشروعيه الوكاله له.

و اتحاد الموجب و القابل لا محذور فيه بعد كفايه المغايره الاعتباريه.

فان قيل: أنّه كتكلّم الإنسان مع نفسه و إنّه لو كانت المغايره الاعتباريه كافيه لم جعل النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله فى تزوّجه بأمّ سلمه ابنها الصغير طرفا و لم يتولّ الإيجاب و القبول كما فى خبر إبراهيم بن أبى يحيى، عن الصّادق (عليه السلام): «تزوّج النّبىّ صلّى اللّه عليه و آله أمّ سلمه زوّجها إيّاه عمر بن أبى سلمه و هو صغير لم يبلغ الحلم»(۱).

و فيه: انه لابد للعقد من انشاء و كاشف له و لا شك انه لو اجرى الصيغه امام احد لصدق ذلك وكذلك لو كان وحده و اما الخبر فمضافا لضعفه لا مفهوم له على عدم صحه ذلك ولا حجيه لمجرد الاستشعار.

و منه يتضح الوجه فى جواز تولى الزوج أو الزوجه كلا طرفى العقد.

ص:۶۰۷

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۹۱ح۷

ان قلت: ان موثقه عمار الساباطی عن أبی الحسن (علیه السلام): «امرأه تکون فی أهل بیت فتکره ان یعلم بها اهل بیتها أ یحل لها ان توکّل رجلا یرید ان یتزوجها تقول له: قد وکلتک فاشهد علی تزویجی؟ قال: لا. قلت له: جعلت فداک و ان کانت ایّما قال: و ان کانت ایّما. قلت: فان وکّلت غیره بتزویجها منه، قال: نعم»(۱) ودلالتها علی عدم جواز تولی الزوج کلا طرفی العقد واضحه.

قلت: مضافا الی عدم موثوقیه روایات عمار کما تقدم , هی أجنبیه عن ذلک، فانها ناظره إلی ان الزوج إذا کان وکیلا فلا یصلح ان یکون شاهدا بل الشاهد لا بدّ من کونه مغایرا للوکیل فی التزویج.

هذا و لا یجوز الاستمتاع للزوجین إلّا بعد العلم من اجراء الوکیل للعقد وذلک لاستصحاب عدم تحققه.

(و لا یزوجها الوکیل من نفسه إلّا إذا أذنت فیه عموما أو خصوصا)

کما فی صحیح الحلبی عن الصّادق (علیه السلام) «فی امرأه ولّت أمرها رجلا فقالت: زوّجنی فلانا، فقال:إنّی لا أزوّجک حتّی تشهدی لی أنّ أمرک بیدی فأشهدت له، فقال: عند التزویج للّذی یخطبها یا فلان علیک کذا و کذا، قال: نعم، فقال: هو للقوم: أشهدوا أنّ ذلک لها عندی، و قد زوّجتها نفسی، فقالت المرأه: لا و لا

۱- وسائل الشیعه ۱۴: ۲۱۷ الباب ۱۰ من أبواب عقد النکاح الحدیث ۴

كرامه و ما أمرى إلّا بيدى، و ما ولّيتك أمرى إلّا حياء من الكلام، قال: تنزع منه و توجع رأسه»(۱).

حصيله البحث:

يصحّ اشتراط الخيار فى الصّداق لكنه ينتقل الى مهر المثل لو اخذ بالخيار , و لا يجوز فى العقد فيبطل، و يصحّ توكيل كلٍّ من الزّوجين فى النّكاح، فليقل الولىّ: زوّجت من موكّلك فلانٍ، و لا يقل: منك، و ليقل: قبلت لفلانٍ. و لا يزوّجها الوكيل من نفسه إلّا إذا أذنت فيه عموماً أو خصوصاً.

لو ادّعى زوجيّه امرأه فصدّقته حكم بالعقد ظاهرا

(الثانيه: لو ادّعى زوجيّه امرأه فصدّقته حكم بالعقد ظاهرا و توارثا)

و ذلك لان اقرار العقلاء على انفسهم جائز واما صحيح أبى بصير: «قلت لأبى عبد اللّه (عليه السلام): رجل أخذ مع امرأه فى بيت فأقرّ أنّها امرأته و أقرّت أنّه زوجها فقال: ربّ رجل لو أتيت به لأجزت له ذلك و ربّ رجل لو أتيت به لضربته»(۲) فمجمل ولم تتضح دلالته.

ص:۶۰۹

۱- الكافى باب المرأه تولى أمرها رجلا ليزوجها من رجل فزوجها من غيره, و الفقيه ح ۶ من باب وكالته.
۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۶۱ح۲۱

(و لو اعترف أحدهما قضى عليه به دون صاحبه)

لأنّه بالنسبه إلى نفسه إقرار و إلى صاحبه ادّعاء، و يشهد لذلک ايضا صحيح عبد العزيز بن المهتدى: «سألت الرّضا (عليه السلام) قلت: جعلت فداک إنّ أخى مات و تزوّجت امرأته فجاء عمّى فادّعى أنّه قد كان تزوّجها سرّا فسألتها عن ذلک فأنكرت أشدّ الإنكار و قالت: ما كان بينى و بينه شى ء قطّ، فقال:يلزمک إقرارها و يلزمه إنكارها»(۱).

هذا و لو ادعى احد زوجيه امرأه و انكرت هى كان عليه البينه كما هو مقتضى البينه على من ادعى و اليمين على المنكر و لصحيح الحسين «أنّه كتب إليه يسأله عن رجل تزوّج امرأه فى بلد من البلدان فسألها أ لک زوج؟ فقالت: لا، فتزوّجها، ثمّ إنّ رجلا أتاه فقال: هى امرأتى فأنكرت المرأه ذلک ما يلزم الزّوج؟ فقال: هى امرأته إلّا أن يقيم البيّنه»(۲).

نعم يلزم زوجها الحالى اجتنابها لو كان المدعى ثقه كما هو مقتضى حجيه خبر الثقه فى الموضوعات و يشهد له بالخصوص موثق سماعه قال: «سألته عن رجل

۱- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۵۶۳ح۲۷

۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۷۷ح۱۲۲

تزوّج جاريه أو تمتّع بها فحدّثه رجل ثقه أو غير ثقه فقال: إنّ هذه امرأتی و ليست لی بيّنه، فقال: إن كان ثقه فلا يقربها و إن كان غير ثقه فلا يقبل منه»(۱).

حصيله البحث:

لو ادّعی زوجيّه امرأةٍ فصدّقته حكم بالعقد ظاهراً و توارثا، و لو اعترف أحدهما قضی عليه به دون صاحبه, و لو ادعی احد زوجيه امرأه و انكرت هی كان عليه البينه نعم يلزم زوجها الحالی اجتنابها لو كان المدعی ثقه .

لو ادّعی زوجيه امرأه و ادّعت أختها عليه الزّوجيه

(الثالثه: لو ادّعی زوجيه امرأه و ادّعت أختها عليه الزّوجيه)

الأصل فی المسأله خبر الزّهریّ عن السجّاد (عليه السلام) «فی رجل ادّعی علی امرأه أنّه تزوّجها بولیّ و شهود و أنكرت المرأه ذلك فأقامت أخت هذه المرأه علی هذا الرّجل البيّنه أنّه قد تزوّجها بولیّ و شهود و لم يوقّتا وقتا، فكتب أنّ البيّنه بيّنه الرّجل و لا تقبل بيّنه المرأه لأنّ الزّوج قد استحقّ بضع هذه المرأه و تريد أختها فساد النكاح و لا تصدّق و لا تقبل بيّنتها إلّا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها».

اقول: و الخبر ضعيف ففی سنده الأوزاعیّ و الزّهریّ و هما عامّيّان , و سليمان المنقری الذی فی سنده قال النجاشیّ فيه: ليس بالمتحقّق بنا، و ابن الغضائری قال:

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص: ۴۶۱ح۵۳

ضعيف جدّا، و عيسى مهمل و القاسم واقفيّ، فالظاهر عدم اعتباره فيرجع فى مثل النزاع إلى القواعد .

وهى تقضى بان الرجل منهما مدع و منكر فيلزمه اقامه البينه على دعواه زوجيه اخت المدعيه و الحلف على نفى زوجيه المدعيه كما قال المصنف:

(حلف) الرجل لأنه منكر (فإن أقامت بيّنه فالعقد لها)

بكونها زوجته ثابت و لا حاجه لان تحلف هى, لانه لا وجه لحلفها فعلامَ تحلف؟ و انكارها لزوجيه اختها لا علاقه له بدعواه (و ان أقام بينه) و لم تقم هى (فالعقد) على الأخت (له) ثابت فتكون اختها زوجته و عليه الحلف على نفى زوجيه المدعيه كما تقدم.

(و الأقرب) عند المصنف (توجه اليمين على الآخر)

و هو ذو البينه (فى الموضعين) عند المصنف و هما إقامه البينه فيحلف معها و إقامتها فتحلف معها .

و إنما حكم باليمين مع اقامتها للبينه (لجواز صدق البينه) الشاهده لها بالعقد (مع تقدم عقده على من ادعاها) و البينه لم تطلع عليه فلا بد من تحليفها لينتفى الاحتمال و ليس حلفها على إثبات عقدها تأكيدا للبينه لأن ذلك لا يدفع الاحتمال و إنما حلفها على نفى عقد أختها.

ص:٦١٢

و فيه: انها ليست طرفا للدعوى حتى يلزمها الحلف كما تقدم .

(و) وجه حلفه مع بينته على نفى عقده على المدعيه (جواز صدق بينته) بالعقد على الأخت (مع تقدم عقده على من ادّعته) و البينه لا تعلم بالحال فيحلف على نفيه لرفع الاحتمال و الحلف هنا على القطع لأنه حلف على نفى فعله .

(و لو أقاما بيّنه فالحكم)

هو تساقطهما كما هو مقتضى تعارض الحجتين لتكاذبهما للعلم ببطلان احدهما الّا اذا تقدم تاريخ احدهما فيحكم بصحته و يبطل المتأخر لعدم المحل له.

و عند المصنف الحكم (لبينته إلّا أن يكون معها) أى مع الأخت المدعيه (مرجح) لبينتها (من دخول) بها استنادا الى خبر الزهرى المتقدم و قد تقدم عدم حجيته .

(أو تقدم تاريخ بينتها على تاريخ بينته) حيث تكونان مؤرختين فيقدم قولها و يحكم بزوجيتها له كما تقدم.

حصيله البحث:

لو ادّعى زوجيّه امرأةٍ و ادّعت أختها عليه الزّوجيّه حلف، فإن أقامت بيّنةً فالعقد لها، و إن أقام بيّنةً فالعقد له و عليه الحلف على نفى زوجيه المدعيه كما تقدم، و لو أقاما بيّنةً فالحكم هو تساقطهما كما هو مقتضى تعارض الحجتين لتكاذبهما

للعلم ببطلان احدهما الّا اذا تقدم تاريخ احدهما فيحكم بصحته و يبطل المتأخر لعدم المحل له .

لو اشترى زوجته لسيده فالنكاح باق

(الرابعه: لو اشترى زوجته لسيده فالنكاح باق) لإن شراءها لسيده ليس مانعا منه (و إن اشتراها) العبد (لنفسه بإذنه أو ملّكه إياها) بعد شرائها له (فإن قلنا بعدم ملكه فكالأول) لبطلان الشراء و التمليك فبقيت كما كانت أولا على ملك البائع أو السيد .

اقول: و يشهد لعدم ملكه صحيح محمّد بن إسماعيل بن بزيع: «سألت الرّضا (عليه السلام) عن الرّجل يأخذ من أمّ ولده شيئا وهبه لها بغير طيب نفسها من خدم أو متاع أ يجوز ذلك له؟ قال: نعم إذا كانت أمّ ولده»(1).

و صحيح يونس بن عبد الرّحمن وهو من اصحاب الاجماع عن الدقاق قال: «سألته عن الرّجل يكون له مملوكه و لمملوكه مملوكه وهبها لها أبوها، يحلّ له أن يطأها؟ قال: فقال:لا بأس»(2).

(و إن حكمنا بملكه بطل العقد) كما لو اشترى الحر زوجته الأمه و استباح بضعها بالملك (أما المبعض فإنه) بشرائه لنفسه أو بتملكه (يبطل العقد قطعا) لأنه بجزئه

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۸ ص: ۲۰۶ح۳۵
۲- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج۸ ص: ۲۱۵ح۷۲

الحر قابل للتملك و متى ملك و لو بعضها بطل العقد على ما هو المعروف وسياتی تحقيق الامر فيه .

حصيله البحث:

لو اشترى العبد زوجته لسيّده فالنّكاح باقٍ، و إن اشتراها لنفسه بإذنه أو ملّكه إيّاها , و أمّا المبعّض فإنّه يبطل العقد قطعاً.

لا يزوج الوليّ و لا الوكيل بدون مهر المثل

(الخامسه: لا يزوج الوليّ و لا الوكيل بدون مهر المثل و لا بالمجنون و لا بالخصى) و لا بغيره ممن به أحد العيوب المجوزه للفسخ .

(و كذا لا يزوج الولی الطفل بذات العيب)

هذا كله على القول باشتراط ولايه الولى بالمصلحه باعتبار قوله تعالى {ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن}(1) او عدم المفسده بدليل صحيح ابى حمزه الثمالى «ما احب ان يأخذ من مال ابنه الّا ما احتاج اليه مما لابد منه ان الله لايحب الفساد(2)»(3) و يستانس لذلك بصحيح ابن رئاب: «سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل بينى و بينه

۱- الانعام ۱۵۲
۲- البقره ۲۰۵
۳- الكافی ج۵ ص۱۳۵ح۳

قرابه مات و ترک أولادا صغارا و ترک ممالیک له غلمان و جواری و لم یوص فما تری فی من یشتری منهم الجاریه یتّخذها أمّ ولـد و مـا تری فی بیعهم؟ فقـال: إن کـان لهم ولیّ یقوم بـأمرهم بـاع علیهم و نظر لهم کـان مأجورا فیهم، قلت: فما تری فی من یشتری منهم الجاریه یتّخـذها أمّ ولد؟ قال: لا بأس بذلک إذا أنفذ ذلک القیّم الناظر فی ما یصـلحهم، و لیس لهم أن یرجعوا فی ما صنع القیّم لهم، الناظر فی ما یصلحهم»(۱).

اقول: بغض النظر عن صحه الاستدلال المتقدم و عدمه لا دلیل علی تقیّد ولایه الولی بالمصلحه او بعدم المفسده و ما تقدم ظاهر فی مجرد تکلیف الولی بـذلک وانه یلزمه رعایه المصـلحه بناء علی دلاله الایه المبارکه او عدم المفسده بناء علی ثبوت ذلک لا ان تصرفه وولایته مشروطه بذلک و لا تلازم بین تکلیفه بذلک و بین کون تصرفه مشروط بذلک .

هذا و الایه المبارکه {وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِیضَهً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلاّ أَن یَعْفُونَ أَوْ یَعْفُوَا الّذِی بِیَدِهِ عُقْدَهُ النّکَاحِ وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتّقْوَی وَلاَتَنْسَوُاالْفَضْلَ بَیْنَکُمْ إِنّ اللّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِیرٌ}(۲) لها ظهور فی ان من بیـده عقده النکاح له الولایه علی ان یعفو عن المهر مطلقا.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۶۶ح۲

۲- البقره ایه ۲۳۷

هذا و لو ثبتت شرطيه المصلحه او عدم المفسده فی تصرفاته لکان اللازم من ذلک بطلان تصرفه لا الخیار للمولی علیه و بذلک یظهر ضعف کلام المصنف حیث قال: (فیتخیر) کل منهما (بعد الکمال) .

نعم فی خصوص تزویج الصغیرین یتخیران بعد البلوغ مطلقا و لو کان تصرف الولی مطابقا للمصلحه و ذلک لقیام الدلیل علیه کما فی صحیح أبی عبیده، عن الباقر (علیه السلام) فی خبر قلت: «فإن کان أبوها هو الذی زوّجها قبل أن تدرک؟ قال: یجوز علیها تزویج الأب و یجوز علی الغلام...إلّا أن یکونا قد أدرکا و رضیا»(۱).

و مثله ایضا صحیح محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن الصبیّ یتزوّج الصبیّه؟ قال: إذا کان أبواهما اللّذان زوّجاهما فنعم جائز، و لکن لهما الخیار إذا أدرکا- الخبر»(۲).

و خبر یزید الکناسی «وفی سنده ابن محبوب وهو من اصحاب الاجماع» عنه (علیه السلام) قلت: «متی یجوز للأب أن یزوّج ابنته و لا یستأمرها؟ قال: إذا جازت تسع سنین فإن زوّجها قبل بلوغ التسع کان الخیار لها إذا بلغت تسع سنین- إلی- قلت: فالغلام یجری فی ذلک مجری الجاریه؟ فقال: یا أبا خالد إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه و لم یدرک کان له الخیار إذا أدرک و بلغ خمس عشره سنه أو یشعر فی وجهه أو

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۳۲ح۱

۲- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۸۲ح۱۹

ينبت فی عانته قبل ذلک- الخبر»(۱) وعلیه فالنکاح نافذ علی الصغیرین لکنهما بالخیار فی فسخه و بذلک افتی الشیخ فی النهایه و بنی البراج و حمزه و إدریس(۲).

حصیله البحث:

لا ـ یزوّج الولیّ و لا الوکیل إلّا مع رعایه المصلحه، فلا یزوج بالمجنون و لا بالخصیّ، و لا بذات العیب و لو زوج نفذ, نعم فی خصوص تزویج الصغیرین یتخیران بعد البلوغ مطلقا و لو کان تصرف الولی مطابقا للمصلحه , و اما غیرهما فلا خیار له .

عقد النکاح لو وقع فضولا یقف علی الإجازه

(السادسه: عقد النکاح لو وقع فضولا یقف علی الإجازه من المعقود علیه أو ولیه، و لا یبطل علی الأقرب)

و یشهد لصحّته فی الحر خبر محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «سئل عن رجل زوّجته امّه و هو غائب؟ قال: النکاح جائز إن شاء المتزوّج قبل و إن شاء ترک فإن

ص:۶۱۸

۱- تهذیب الأحکام (تحقیق الخرسان)، ج ۷، ص: ۳۸۲ح۲۰

۲- جواهر الکلام ج۲۹ص ۱۷۴

ترک المتزوّج تزویجه فالمهر لازم لأمّه»(۱) لکنه مضافا لضعفه سندا محل اشکال کما سیأتی فی المساله العاشره.

و اما فی المملوک فالاخبار به متظافره و یتعدی منه الی الحر لعدم الخصوصیه کصحیح زراره، عن الباقر (علیه السلام): «سألته عن مملوک تزوّج بغیر إذن سیّده؟ فقال: ذاک إلی سیّده إن شاء أجازه و إن شاء فرّق بینهما، قلت: إنّ الحکم بن عتیبه و إبراهیم النخعیّ و أصحابهما یقولون: إنّ أصل النکاح فاسد، و لا یحلّ إجازه السیّد له، فقال (علیه السلام): إنّه لم یعص اللّه إنّما عصی سیّده فإذا أجازه فهو له جائز»(۲) و غیره .

و صحیح معاویه بن وهب: جاء رجل إلی أبی عبد اللّه (علیه السلام) فقال: إنّی کنت مملوکا لقوم و إنّی تزوّجت امرأه حرّه بغیر إذن موالیّ، ثمّ أعتقونی بعد ذلک أ فاجدّد نکاحی إیّاها حین أعتقت؟ فقال له: أ کانوا عالمین أنّک تزوّجت امرأه و أنت مملوک لهم، فقال: نعم و سکتوا عنّی و لم یعیّروا علیّ، فقال: سکوتهم عنک بعد علمهم إقرار منهم، اثبت علی نکاحک الأوّل»(۳) و غیرهما.

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۱ح۲

۲- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۸ح۳ والفقیه فی باب طلاق العبد، و التّهذیب ح ۶۳

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۷۸ح۴

و اما ما فى صحيح أبان، عن الصّادق (عليه السلام): «إذا زوّج الرّجل ابنه كان ذلك إلى ابنه، و إذا زوّج ابنته جاز ذلك»(۱) و رواه الكافى صحيحا عن أبان، عن الفضل بن عبد الملك، عن الصّادق (عليه السلام) فى ذيل خبر« وَ قَالَ إِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَهُ فَذَلِكَ إِلَى أَبِيه (وفى نسخه الى ابنه) و إِذَا زَوَّجَ الِابْنَهَ جَازَ»(۲) وظاهره أنّ تزويج الابن مع البلوغ يقف على إجازته بقرينه صدره «سألته (عليه السلام) عن الرّجل يزوّج ابنه و هو صغير، قال: لا بأس» على نسخه التهذيب و بعض نسخ الكافى.

و أما ما تقدم من ان تزويج البنت مع البلوغ لا يقف على الإجازه فهو معارض لما تقدم من ان الصغيرين لهما الخيار بعد بلوغهما فضلا عن وقوع ذلك زمان بلوغهما لكن تعارضهما تعارض النص والظاهر ولا شك بتقدم النص - وهو انهما بالخيار- على الظاهر خصوصا مع اختلاف النسخ و عليه فيقف نفوذه على اجازتها .

حصيله البحث:

عقد النّكاح لو وقع فضولًا يقف على الإجازه من المعقود عليه أو وليّه، و لا يبطل اذا كان ايجاب الطرف الاخر باقيا وكذلك تزويج البنت مع البلوغ يقف على الإجازه .

ص:۶۲۰

۱- تهذيب الأحكام (تحقيق الخرسان)، ج ۷، ص ۳۹۳ح ۵۲

۲- الكافى (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص ۴۰۰ح ۱

لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالكها

(السابعه: لا يجوز نكاح الأمه إلّا بإذن مالكها)

لقبح التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه, و لقوله تعالی {فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ} .

(و إن کان) المالک (امرأه فی الدائم و المتعه) عند المصنف .

(و روایه سیف) بن عمیره عن الصّادق (علیه السلام): «لا بأس أن یتمتّع الرّجل بأمه المرأه فأمّا أمه الرّجل فلا یتمتّع بها إلّا بإذنه»(١) ورواها ایضا عن علی بن المغیره قال سألت أبا عبد الله ع «عن الرجل یتمتع بأمه المرأه من غیر إذنها فقال لا بأس»(٢) و هی صحیحه السند لکنها (منافیه للأصل) و هو تحریم التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه عقلا وشرعا بل مخالفه لاطلاق الکتاب فی قوله تعالی: {فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ} فلذلک أطرحها الأصحاب غیر الشیخ فی النهایه(٣) و التّهذیب و هو المفهوم من الکافی حیث رواها بدون طعن فیها.

اقول: الاصل لایصار الیه مع وجود الدلیل و اما کونها مخالفه للکتاب ففیه: أنّ المقیّد لیس مخالفا للمطلق بل یقیّده کما هو مقتضی الجمع العرفی و علیه فالاقرب جواز العمل بها.

١- الکافی (فی آخر باب تزویج الإماء) والتّهذیب ح ۴۱ من أخبار تفصیل أحکام نکاحه .
٢- التّهذیب ح ۳۸ من أخبار تفصیل أحکام نکاحه , و رواه ایضا عن داود بن فرقد.
٣- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه (المحشی - سلطان العلماء)؛ ج ۲، ص ۷۸

ثمّ لم نقف على روايه أخرى غيرها لكن الحلىّ قال: قال المفيد فى جواب مسائل محمّد بن محمّد الرّملىّ الحائرىّ عنه، و قد ظنّ قوم لا بصره لهم ممّن يعزى إلى الشيعه و يميل إلى الإماميّه أنّ ذلك جائز لحديث زراره أنّه «لا بأس أن يستمتع الرّجل من جاريه امرأه بغير إذنها و هذا حديث شاذّ»(۱).

(و لو زاد العبد المأذون) فى المعين فى مورد تعيين المولى المهر، (و على مهر المثل) فى اطلاق المولى المهر (صح)

للإذن فى أصل النكاح و هو يقتضى مهر المثل على المولى، أو ما عينه .

(و كان الزائد فى ذمته يتبع به بعد عتقه، و مهر المثل) أو المعين (على المولى) و كذا النفقه لأن الإذن فى النكاح يقتضى الإذن فى توابعه و المهر و النفقه من جملتها، و العبد لا يملك شيئا فلا يجب عليه شى ء، لامتناع التكليف بما لا يطاق فيكون على المولى كسائر ديونه.

(و من تحرر بعضه ليس للمولى إجباره على النكاح)

مراعاه لجانب الحريه .

(و لا للمبعض الاستقلال)

۱- النجعه فى شرح اللمعه، كتاب النكاح، ج ۸، ص ۳۶۹

مراعاه لجانب الرقيه بل يتوقف نكاحه على رضاه و إذن المولى جمعا بين الحقين كما فى المملوك بين شريكين يجب إذن كلّ منهما فى نكاحه فلو أذن أحدهما فتزوّج كان للآخر فسخه، و يشهد لذلك صحيح عبيد بن زراره عن الصّادق (عليه السلام) «فى عبد بين رجلين زوّجه أحدهما و الآخر لم يعلم، ثمّ إنّه علم به بعد، إله أن يفرّق بينهما؟ قال: للّذى لم يعلم و لم يأذن، أن يفرّق بينهما إذا علم، و إن شاء تركه على نكاحه»(۱).

حصيله البحث:

لاـ يجوز نكاح الأمه إلّا بإذن مالكها و إن كان امرأةً فى الدّائم و المتعه الّا فى الزوج فيجوز له نكاح امه زوجته من دون اذنها، و لو زاد العبد المأذون على مهر المثل صحّ و كان الزّائد فى ذمّته يتبع به بعد عتقه و مهر المثل على المولى، و من تحرّر بعضه ليس للمولى إجباره على النّكاح و لا للمبعّض الإستقلال.

لو زوج الفضولى الصغيرين فبلغ أحدهما و أجاز لزم

(الثامنه: لو زوج الفضولى الصغيرين فبلغ أحدهما و أجاز لزم من جهته، و إذا بلغ الأخر و أجاز حلف على عدم سببيّه الإرث فى الإجازه و ورث)

ص:۶۲۳

۱- من لا يحضره الفقيه، ج ۳، ص: ۴۵۵

و اسـتدل لـذلک بصـحیح علیّ بن رئاب، عن أبی عبیده «سألت أبا جعفر (علیه السـلام) عن غلام و جاریه زوّجهما ولیّان لهما و هما غیر مدرکین، فقال: النکاح جائز و أیّهما أدرک کان له الخیار فإن ماتا قبل أن یدرکا فلا میراث بینهما و لا مهر إلّا أن یکون قد أدرکا و رضـیا، قلت: فإن أدرک أحدهما قبل الآخر؟ قال: یجوز ذلک علیه إن هو رضی، قلت: فإن کان الرّجل الذی أدرک قبـل الجـاریه رضـی بالنکـاح، ثمّ مـات قبل أن تـدرک الجاریه أترثه؟ قال: نعم، یعزل میراثها منه حتّی تـدرک و تحلف باللّه ما دعاها إلی أخـذ المیراث إلّا رضاها بالتزویـج، ثمّ یـدفع إلیه المیراث و نصف المهر، قلت: فإن ماتت الجاریه و لم تکن أدرکت أ یرثهـا الزّوج المـدرک؟ قـال: لاـ لأـنّ لها الخیار إذا أدرکت، قلت: فإن کان أبوها هو الـذی زوّجها قبل أن تـدرک، قال: یجوز علیها تزویج الأب و یجوز علی الغلام، و المهر علی الأب للجاریه»(۱).

اقول: الصـحیحه موضوعهـا تزویـج الولیّین کما هو صـریحها « زوّجهما ولیّان لهما » ولا شـمول لها للفضولیین و دعوی ان المراد منهما الفضولیین کما تری.

نعم صـحیح الحسن بن محبوب و هو من اصحاب الاجماع عن العبدی عن عبید بن زراره، عن الصّادق (علیه السلام) «فی الرّجل یزوّج ابنه یتیمه فی حجره و ابنه مـدرک و الیتیمه غیر مـدرکه؟ قال: نکاحه جائز علی ابنه فإن مات عزل میراثها منه حتّی تدرک فـإذا أدرکت حلفت بـاللّه مـا دعاها إلی أخـذ المیراث إلّا رضاها بالنکاح، ثمّ یـدفع إلیها المیراث و نصف المهر، قال: فإن ماتت بقی قبل أن تدرک و قبل أن

۱- الکافی باب میراث الغلام و الجاریه یزوّجان و هما غیر مدرکین .

يموت الزّوج لم يرثها الزّوج لأنّ لها الخيار عليه إذا أدركت و لا خيار له عليها»(۱) يدل على صحه تزويج الفضولی لان الامام (علیه السلام) اطلق و لم یقید الحکم بما اذا کان ولیا علی الیتیمه .

و اما خبر عبّاد بن كثير، عن الصّادق (علیه السلام): «سألته عن رجل زوّج ابنا له مدركا من يتيمه فی حجره قال: ترثه إن مات و لا يرثها لأنّ لها الخيار و لا خيار عليها»(۲) الظاهر فی استحقاق الجاریه المیراث حين موت الرّجل و لو قبل بلوغها و عدم احتیاجها إلی حلف. فهو نفس صحیح ابن محبوب رواه عن نعیم عن عباد ناقصا و المراد منه هو نفس ما فی صحیحه المتقدم الذی هو نص فی استحقاق الجاریه المیراث بعد بلوغها و الحلف.

و مما تقدم یظهر انه لو زوّج أحد الصغيرين الولیّ أو كان أحدهما بالغا رشيدا فمات الأوّل عزل للثانی نصیبه و احلف بعد بلوغه كذلك، و إن مات قبل ذلك بطل العقد و هذا الحكم و إن لم يكن مورد النصّ المتقدم إلّا أنّه ثابت فيه بطريق أولى للزوم العقد هنا من الطرف الآخر فهو أقرب إلى الثبوت ممّا هو جائز من الطرفين.

حصیله البحث:

۱- من لا یحضره الفقیه، ج ۴، ص: ۳۰۹

۲- الكافی (ط - الإسلامیه)، ج ۷، ص: ۱۳۲ح۲

لو زوّج الفضولىّ الصّغيرين فبلغ أحدهما و أجاز العقد لزم فلو أجاز ثمّ مات عزل للصّغير قسطه من ميراثه و إذا بلغ الآخر و أجاز حلف على عدم سببيّه الإرث فى الإجازه و ورث, و إن مات قبل ذلك بطل العقد .

لو زوجها الأبوان برجلين و اقترنا

(التاسعه: لو زوجها الأبوان برجلين و اقترنا قدّم عقد الجدّ)

استنادا الى صحيح هشام بن سالم، و محمّد بن حكيم، عن أبى عبد اللّه (عليه السلام): «إذا زوّج الأب و الجدّ كان التزويج للأوّل فإن كانا جميعا فى حال واحده فالجدّ أولى»(۱).

و صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السّلام قال: «إذا زوّج الرّجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه و لابنه أيضا أن يزوّجها، فقلت: فإن هوى أبوها رجلا و جدّها رجلا، فقال: الجدّ أولى بنكاحها»(۲) .

و فيه: ان هذا مبتن على كون الجد وليا وقد تقدم منعه والظاهر من الصحيح ان الجد امره نافذ على ولده لا على اولاد اولاده و بذلك يظهر ان ولايه الجد على

ص:۶۲۶

۱- الكافى باب الرجل يريد أن يزوّج ابنته و يريد أبوه أن يزوّجها رجلا آخر، ح۴

۲- وسائل الشيعه، ج ۲۰، ص: ۲۸۹ح۱

ابن ابنه او بنت بنته انما هی فی الحقیقه علی ولده لا علی اولاد ولده کما تقدم تحقیقه(۱).

(و لو سبق أحدهما صحّ عقده)

کما دل علی ذلک صحیح هشام بن سالم و محمّـد بن حکیم، عن الصّادق (علیه السـلام): «إذا زوّج الأب و الجـدّ کان التزویج للأوّل»(۲).

و یؤیـده خبر أبی العبّاس، عن الصّادق (علیه السـلام): «إذا زوّج الرّجل فأبی ذلک والـده فإنّ تزویـج الأب جائز و إن کره الجدّ لیس هذا مثل الذی یفعله الجدّ ثمّ یرید الأب أن یردّه»(۳) و معنی قوله «لیس هذا- إلخ» أنّه لو ابتدأ الجدّ و أراد الأب ردّه لیس له حقّ الردّ، و هنا الحقّ للأب لتقدّمه.

(و لو زوّجها الاخوان برجلین فالعقد للسابق ان کانا وکیلین)

کما تقتضیه القاعده حیث تنتفی وکاله اللاحق بعد انتفاء موضوعها.

(و الّا فتتخیّر ما شاءت)

لعدم ما یوجب الزامها.

۱- فی صفحه ۵۴۵

۲- الکافی باب الرجل یرید أن یزوّج ابنته و یرید أبوه أن یزوّجها رجلا آخر، ح۴

۳- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۳۹۶ح۶

(و يستحبّ لها إجازه الأكبر)

كما في صحيح ابن مسكان وهو من اصحاب الاجماع عن وليد بيّاع الأسفاط: «سئل أبو عبد اللّه (عليه السلام) و أنا عنده عن جاريه كان لها أخوان زوّجها الأكبر بالكوفه و زوّجها الأصغر بأرض أخرى، قال: الأوّل أولى بها إلّا أن يكون الآخر قد دخل بها فإن دخل بها فهي امرأته و نكاحه جائز»(۱).

و يحمل على كونهما غير وكيلين والّا كان عقد السابق منهما هو النافذ و الأكبر أولى بان تمضي هي عقده استحبابا إلّا أن يكون الأخير قد دخل بها فإنّه دليل على أنّها أمضت عقده. وقرينه الحمل على الاستحباب انه لو كان عقد الاكبر هو النافذ فلا تصل النوبه الى اللاحق مطلقا و لا معنى للتفصيل كما لا يخفى.

و على الاستحباب يحمل ما في خبر الحسن [الحسين ظ] بن عليّ، عن بعض أصحابنا، عن الرضا (عليه السلام) «الأخ الأكبر بمنزله الأب»(۲) والا فلا شك في عدم الولايه للاخ الاكبر.

و اما ما في صحيح محمّد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام): «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في امرأه أنكحها أخوها رجلا، ثمّ أنكحتها أمّها بعد ذلك رجلا و خالها أو أخ لها صغير فدخل بها فحبلت فاحتكما فيها فأقام الأوّل الشهود فألحقها بالأوّل و

۱- الكافي (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۹۶۲

۲- التّهذيب (في ۵۱ من أخبار ذاك الباب)

جعل لها الصداقين جميعا و منع زوجها الذی حقّت له أن يدخل بها حتّی تضع حملها، ثمّ الحق الولد بأبيه»(۱). فلا يخلو من اجمال ويحمل علی كون الأخ الأكبر وكيلا فی العقد و عقد لكن لم تعلم المرأه به , وعقدتها أمّها و خالها و أخ أصغر من الأوّل لآخر فدخل بها الأخير مع عدم علمه و عدم علم المرأه فالحكم فيه ما قضی (عليه السلام) فيه.

(فإن اقترنا) فی العقد قبولا (بطلا) لاستحاله الترجيح و الجمع (إن كان كل منهما وكيلا) و القول بتقديم عقد الأكبر هنا ضعيف لضعف دلاله صحيح ابن مسكان المتقدم انفا علی النفوذ بل المراد هو الاستحباب كما تقدم.

(وإلّا) يكونا وكيلين (صح عقد الوكيل منهما) لبطلان عقد الفضولی بمعارضه العقد الصحيح .

(و لو كانا فضوليين واقترنا) ای عقداهما (تخيرت) فی إجازه ما شاءت منهما و إبطال الآخر او إبطالهما .

حصيله البحث:

لو زوّجها الأخوان برجلين فالعقد للسّابق إن كانا وكيلين و إلّا فلتختر ما شاءت، و تستحبّ إجازه عقد الأكبر، و إن اقترنا بطلا إن كان كلٌّ منهما وكيلًا و إلّا صحّ عقد الوكيل منهما، و لو كانا فضوليّين و اقترنا تخيّرت.

ص:۶۲۹

۱- الكافی (ط - الإسلاميه)، ج ۵، ص: ۳۹۶۲

عدم الولایه للأم

(العاشره: لا ولایه للأم فلو زوجته أو زوجتها اعتبر رضاهما بعد الکمال فلو ادّعت الوکاله عن الابن الکامل و أنکر غرمت نصف المهر)

الأصل فی المسأله خبر محمّد بن مسلم، عن الباقر (علیه السلام): «سئل عن رجل زوّجته امّه و هو غائب؟ قال: النکاح جائز إن شاء المتزوّج قبل و إن شاء ترک، فإن ترک المتزوّج تزویجه فالمهر لازم لأمّه»(۱) و هو ضعیف سندا و ظاهره ان جمیع المهر علی الام وهو خلاف القران ولذا حمله بعضهم علی کون المراد نصف المهر لعدم الدخول، و لصحیحه أبی عبیده، عن الصّادق (علیه السلام) «فی رجل أمر رجلا أن یزوّجه امرأه من أهل البصره من بنی تمیم، فزوّجه امرأه من أهل الکوفه من بنی تمیم، قال: خالف أمره و علی المأمور نصف الصداق لأهل المرأه و لا عدّه علیها و لا میراث بینهما، فقال بعض من حضره: فإن أمره أن یزوّجه امرأه و لم یسمّ أرضا و لا قبیله ثمّ جحد الآمر أن یکون قد أمره بذلک بعد ما زوّجه؟ فقال: إن کان للمأمور بیّنه أنّه کان أمره أن یزوّجه بزوجه، کان الصداق علی الآمر و لا میراث بینهما و لا عدّه علیها و لها نصف الصداق إن کان فرض لها صداقا، و إن لم یکن سمّی لها صداقا فلا شی ء لها»(۲).

۱- الکافی (ط - الإسلامیه)، ج ۵، ص: ۴۰۱ح۲ والتهذیب ج ۷، ص: ۳۹۲ ح۴۵

۲- من لا یحضره الفقیه، ج ۳، ص: ۴۱۹

هذا و أمّا حمل المصنّف للخبر على ادّعاء الأمّ للوكاله مع خلوّ الخبر عنه فلأنّ الناس عاده لا يقدمون على عقد لشخص غير حاضر مع عدم ادّعاء من أراد العقد له الوكاله.

و بذلك يظهر ضعف قول ابن الجنيد من ان الام و اباها يقومان مقام الاب مستدلاً «بان رسول الله (صلى الله عليه و آله) أمر نعيم النحام ان يستأمر ام بنته فى امرها و قال: فآمروهن فى بناتهن» فضعيف للغايه و الروايه عاميه و دلالتها غير ظاهره لاحتمالها الاستشاره و معارضه بما هو اقوى مثل موثق الفضل بن عبد الملك.

حصيله البحث:

لا ولايه للأم فلو زوّجته أو زوّجتها اعتبر رضاهما، فلو ادّعت الوكاله عن الابن و أنكر بطل و غرمت نصف المهر.

تم الجزء الحادى عشر ويليه الجزء الثانى عشر اوله الفصل الثالث من كتاب النكاح والحمد لله اولا و آخرا.

ص:۶۳۱

الفهرس

ص:۶۳۲

ص:۶۳۳

ص:۶۳۴

ص:۶۳۵

ص:۶۳۶

ص:۶۳۸

و هی علی الفور ۳۲۹

و لا تسقط الشفعه بالفسخ. ۳۳۱

و الشفیع یأخذ من المشتری و درکه علیه. ۳۳۱

و الشفعه تورث کالمال بین الورثه. ۳۳۳

و یجب تسلیم الثمن أولا ثم الأخذ ۳۳۴

و لا یصحّ الأخذ إلّا بعد العلم بقدره و جنسه. ۳۳۵

و لو انتقل الشقص بهبه أو صلح أو صداق فلا شفعه. ۳۳۵

ص:۶۳۹

ص:۶۴۲

ص:۶۴۴

ص:۶۴۵

درباره مرکز

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند ؟

سوره زمر/ ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ.ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفا علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب « مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱.بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البیت علیهم السلام)

۲.تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی

۳.جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه ، تبلت ها، رایانه ها و ...

۴.سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو

۵.گسترش فرهنگ عمومی مطالعه

۶.زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱.عمل بر مبنای مجوز های قانونی

۲.ارتباط با مراکز هم سو

۳.پرهیز از موازی کاری

۴.صرفا ارائه محتوای علمی

۵.ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱.چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲.برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳.تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴.تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵.ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶.تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷.راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸.طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹.برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰.برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

۱.JAVA

۲.ANDROID

۳.EPUB

۴.CHM

۵.PDF

۶.HTML

۷.CHM

۸.GHB

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

۱.ANDROID

۲.IOS

۳.WINDOWS PHONE

۴.WINDOWS

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

درپایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتا های خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان -خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی -پلاک ۱۲۹/۳۴- طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹


قائمیه
مرکز تحقیقات رایانه‌ای
اصفهان
www
برای داشتن کتابخانه های‌تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشـــانی
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹